الجمهورية ا لجزائرية ا لديمقراطية ا لشعبية
وزارة التعليم ا لعالي والبحث ا لعلمي
جامعة منتوري قسنطيـــــــنة
كليـــــة ا لحقوق

مـــذ كـــرة مقدمـــــة لنيـــل شهادة الماجستير في القانون ا لخاص

تحـــت عنـــــــوان

العمل التجاري بين الرضائية و ا لشكلية في التشريع الجزائري
(دراســــــــــة مقارنـــــــــة)

من إعداد الطـــالبة : **ببيبة بن حافظ**

تحت إشراف: **الأستاذ الدكتور: زعموش محمد**

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتور: عبد الحميد قموح ، أستاذ بجامعة منتوري قسنطينة ، رئيسا
الدكتور: محمد زعموش ، أستاذ بجامعة منتوري قسنطينة ، مشرفا ومقررا
الدكتور: عبد الرزاق بو بندير، أستاذ بجامعة منتوري قسنطينة ، عضوا
الدكتور: عبد الحفيظ طاشور ، أستاذ بجامعة منتوري قسنطينة ، عضوا

السنة الجامعية 2006 – 2007

الإهداء

أهـــــدي هذا العمــــل المتواضــــــع إلى.
والدتي العزيزة التي شجعتني وزودتني بفيض من العواطف النبيلة.
إلى أختي خديجة التي ساعدتني ماديا ومعنويا .
إلى إخوتي وأخواتي وأبنائهم وبناتهم وأخص بالذكر آمال.
إلى الزميلة فايزة لبيض التي ساعدتني طيلة المشوار.
إليكم جميعا أهدي هذا العمل .

بيبية بن حافظ.

شــــكر وعرفـــــــان

لا يسعني وقد أنهيت رسالتي بعون الله العلي القدير، الا ان اتوجه بخالص الشكر وفائق عرفاني بالجميل لأستاذي الجليل: الأستاذ محمد زعموش ، لتفضله بقبول الإشراف على هذا العمل ، ولما بذله من جهد متواصل وتوجيه مستمر وعطاء علمي دائم ، كان له أكبر الأثر في إثراء هذه الرسالة بالمادة العلمية من حيث المضمون ، وتقديمها بالشكل اللا ئق ، بما يتلا ئم وأهميتها العلمية والقانونية . فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما اتوجه بالشكر الخالص لمحافظة المكتبة الجامعية بقسنطينة وعمالها.
(مكتبة معهد الحقوق) .

وأخيرا لا أنسى أن اشكر بقوة كل من ساهم في إخراج هذه الرسالة في شكلها النهائي .

بيبية بن حافظ .

السنـــــة الجامعية: 2006 - 2007

مقـــد مة .

الإرادة السليمة الصادرة من ذي اهلية هي اساس التصرف القانوني ، فهي التي تنشئه ، وهي التي تحدد آثاره ، وهي كقاعدة عامة صاحبة السيادة والسلطان في هذا المجال ، اعني مجال التصرف القانوني، ويكفي التعبير عن الإرادة بأي صورة كانت دون استلزام شكل خاص لإنشاء التصرف وتحديد آثاره، وسواء في ذلك ان يكون التعبير عن الإرادة باللفظ او الكتابة او الإشارة او باتخاذ أي موقف آخر يدل عليها. فذلك هو سلطان الإرادة ، الذي ساد اثر الثورة الفرنسية 1789، واطلاق حرية الفرد ، بما في ذلك حرية ارا دته ليسعى وراء تحقيق مصالحه على النحو الذي يريده ويبتغيه.

وأنذاك كان القانون الروماني يستلزم لقيام التصرف ، ان يكون بشكل خاص ، فعقد القرض كان لا يتم الا بالسبيكة والميزان ، والعقد الشفوي كان يتم شفويا بصيغة خاصة تتكون من سؤال من الدائن وجواب من المدين، والعقد الكتابي كان يتم بان يجري المدين قيد الدين في سجل الدائن.
وعلى هذا النحو كان المبدأ في القانون الروماني هو سلطان الشكل لا الإرادة ذلك انه متى اتخذ التصرف احد الأشكال الرسمية نشأ صحيحا ، بصرف النظر عن الإرادة حتى ولو كانت ارادة احد الطرفين او كلاهما معيبة او معدومة او مبنية على سبب غير مشروع.

ومع اطراد نمو المعاملات ولا سيما التجارية تحرر القانون الروماني من تلك الشكلية الى حد ما ، فوصل الى تقرير مبدأ رضائية عقد البيع والإيجار والشركة والوكالة على سبيل الإستثناء ، فكانت هذه التصرفات تنعقد بمجرد تبادل الرضا دون الحاجة ال اتباع شكل خاص.
ثم جاء القانون الكنسي واعتنق مبد أ رضائية العقود بسبب أخلاقي ، هو مبدأ احترام العهود والمواثيق. ومنذ القرن السابع عشر حتى القرن التاسع عشر ، ساد مبدأ سلطان الإرادة لإنتشار المذهب الفردي ، الذي عبر عنه الفقيه ((دوما)) وهو من اشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم ، بان الإتفاقات تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقديها. وقد قويت دعائم هذا المبدأ خلال هذه الفترة ، تحت تأثير الأفكار السياسية والإجتماعية المركزة حول الحرية السياسية والإقتصادية ، التي لا تتلائم مع الأصول الشكلية والمراسيم المقيدة لتلك الحرية، وهو من جهة مبدأ بسيط سهل التناول ويحول دون ارتباك الأشخاص في اجراء معاملاتهم المدنية والتجارية اليومية ، ويسمح في انشاء العقود بالمراسلة الخطية او التلغرافية ، وحتى بواسطة الهاتف ، ويضع على قدم المساواة الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة ، طالما انه لا يفرض الباس هذه الإرادة بلباس لفظي خاص او يعلق صحتها على اتمام مراسيم شكلية او كتابية معينة.

وجاء القانون المدني الفرنسي وتبنى هذه العبارة ـ بان الإتفاقات تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقديها ـــ كما هي ، فضمنها المادة 1134 وهي تقابل (المادة 106 مدني جزائري) التي يسميها الفقيه كاربونييه بقلعة سلطان الإرادة .
اذ تقضي باعتبار مبدأ سلطان الإرادة او مبدا العقد شريعة المتعاقدين ، احد الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون المدني الفرنسي .

لكن اختلف الوضع في القرن العشرين ، اذا انحصر المبدا الفردي وسادت المبادىء الجماعية التي قيدت مبدا سلطان ارادة الفرد ، لأن المبادىء الجماعية تستهدف صالح الجماعة لا صالح الفرد ، فجاء ت بقيود لحماية الجانب الضعيف في التصرف القانوني وتقييد ارادة الجانب القوي ، وتوجيهها نحو ما يحقق الصالح العام للجماعة بطريق مباشر او غير مباشر.
ومثال ذلك ما نراه في عقود العمل ، حيث يقيد القانون من حرية رب العمل وذلك بوضع شروط هذا العقد ، كذلك في عقود الإذعان ، التي يضع شروطها احد طرفي العقد على الطرف الآخر دون مناقشة فيها ، فيذعن الطرف الآخر ويسلم بتلك الشروط . وينص القانون المدني الجزائري في هذا الخصوص ، على انه يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ، ولا يقبل مناقشة فيها (المادة 70 من القانون المدني الجزائري) ، ففي هذه العقود يتدخل القانون ويمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية حسبما تقتضيه العدالة.

ومن امثلة عقود الإذعان عقد توريد المياه والغاز والكهرباء والنقل والتامين ، وكذلك في حالة احتكار فعلي او قانوني لسلعة او خدمة ضرورية . وهذا الوضع يحمل المشرع في كثير من الأحيان على تنظيم هذه العقود تنظيما آمرا ، كعقد العمل وعقد النقل وعقد التامين.

وهكذا لا يمكن حصر القيود التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة في قيود تشريعية كما جاء أعلاه في عقد العمل وعقد التامين ، بل يمكن مدها الى قيود قضائية تتعلق بالنظام العام وحسن الآداب ، حيث يكاد القاضي ، كما يقول العميد السنهوري ، ان يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة . والمنفذ الرئيسي الى ذلك هو ما نصت عيله المادة 6 من القانون المدني الفرنسي من ان الإتفاقات الخاصة لا يجوز ان تخالف النظام العام وحسن الآداب . كما جاء ايضا في المادة 96 من القانون المدني الجزائري على انه:((اذا كان محل الإلتزام سبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب،كان العقد باطلا)) . فكل هذه القيود تعتبر قيودا موضوعية على مبدا سلطان الأرادة.

ولقد راينا ان مبدا سلطان الإرادة اخذ ينحصر امام المبادىء الجماعية ومبادىء العدالة ، فتدخل المشرع بقواعد آمرة لحماية الطرف الضعيف في التعاقد ، كما فعل في عقد العمل .

وكما تدخل محددا الفائدة الإتفاقية في القانون المدني المصري ، او ملغيا لها في القانون المدني الجزائري في عقد القرض الإستهلاكي ، او محددا اثمان بعض السلع عن طريق التسعير الجبري.

ومن ثمة قيود من النظام العام والآداب تحد من مبدا سلطان الإرادة في مجال الإلتزامات العقدية ، فلم تعد الإرادة حرة.
ولقد اورد الفقيه السنهوري بهذا الخصوص ، تعريفا للنظام العام والآداب ، اذ يقول:
((النظام العام هو مجموعة من القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة بنظام المجتمع الأعلى ، وتعلو على مصلحة الأفراد ، سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية او اقتصادية او سياسية ، فلا يجوز للأفراد مخالفتها باتفاقات خاصة بينهم. وتضيق دائرة النظام العام اذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، وتتسع اذا تغلبت مذاهب التضامن الإجتماعي والإشتركية.
والنظام العام ليس شيئا ثابتا لا يتغير ، بل هو شيء نسبي في المكان وفي الزمان ، ومعياره هو المصلحة العامة وهو معيار مرن يختلف باختلاف الحضارات)).

أما الآداب العامة: ((هي مجموعة القواعد التي تجد الناس ملزمة باتباعها طبقا لناموس ادبي ، صاغته العادات والعرف والدين والتقاليد ، والى جانب ميزان انساني يزن الطيب والقبيح ، ويميز بين الخير والشر ، والآداب كالنظام العام ليست شيئا ثابتا ، بل تتغير في الزمان والمكان ، واذا كان النظام العام معياره المصلحة العامة ، فان الآداب معيارها الناموس الأدبي ، وهو ايضا معيار مرن . ومن هذا الباب المرن يستطيع القاضي ان يحد من سلطان الإرادة وأن يبطل التصرفات المخالفة للنظام العام و الآداب)).

ويكاد القاضي ان يكون مشرعا في هذه الدائرة على راي الأستاذ السنهوري ، انما يجب عليه ا ن يتقيد بمصالح امته وآداب عصره ، و من ثم فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب ، الا في امة معينة وفي جيل معين من هذه الأمة.
وهكذا كلما كان المحل او السبب في أي تصرف قانوني مخالفين للنظام العام والآداب ، كان التصرف باطلا .

اما في الوقت الحاضر مازال القانون يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ، باعتباره الركن الأول والدعامة الكبرى لنظرية الإلتزامات التعاقدية ، أي استقلال الإرادة في انشاء العقود مهما كانت شروطها وانواعها .
ان هذا المبدا يكرسه قانون الإلتزامات والعقود ، اذ جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القاون)) .

والملاحظ في هذا المجال أن القوانين القديمة لما تعرضت لمبد أ سلطان الإرادة ، فهي لم تفرق بين العقود المدنية والعقود التجارية . اذ بمجرد انحصارمبدأ سلطان الإرادة وظهور المبادىء الجماعية ، والنظام العام والآداب قيدت من هذا المبدا شروط اخرى تتمثل في ظهور الشكلية في القوانين الحديثة سواء في العقود المدنية او العقود التجارية . وبما ان الموضوع الذي سيتم تناوله يتعلق بصفة خاصة بالعقود التجارية ، اذن سيتم التركيز على هذا الجانب ، باعتبار ان هذا التطور التاريخي لكل من الرضائية والشكلية على مر العصور ، ادى الى طرح اشكالية الرضائية والشكلية في آن واحد وما مدى موازين التعامل مع كل حالة . ومن هنا تظهر أهمية الموضوع الذي سوف اتناوله في هذا البحث ، مع الأهمية النظرية والتطبيقية لكل من الرضائية والشكلية ، ولأي منهما تكون الأفضلية.

الأصل العام في الأعمال التجارية هي الرضائية ، لكون هذا المبدأ جاء تحت تاثير الأفكار السياسية والإجتماعية المركزة على الحرية السياسية والإقتصادية التي لا تتلائم مع الأصول الشكلية والمراسيم المقيدة للحرية.

وللرضائية أصول عريقة سادت لفترة طويلة من الزمن ، حيث تاثرت بها جميع التشريعات في العالم ، خاصة منها التشريعات العربية ، اذ نادت هي الأخرى بهذا المبدأ . ومن بين هذه التشريعات التي تاثرت بالرضائية ، التشريع الجزائري الذي اخضع عدة عقود الى مبدأ الرضائية مثل ـ عقد النقل ــ عقد السمسرة ـ الوكالات التجارية الخ .....

والواقع ان هذه العقود التي تناولها المشرع الجزائري بالتنظيم ، هي العقود الشائعة في المجتمع التجاري. اما ماتم تناوله في هذا البحث ، هو عقد النقل ـ وعقد الوكالة التجارية ـ فهي تعتبر عقود رضائية كما نعلم تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة لأي شكل خاص. اذ نص المشرع الجزائري على ان عقد النقل يتم باتفاق الطرفين (المادة 38 تجاري) كما ان عقد الوكالة التجارية يخضع هو الآخر للرضائية في تكوينه ، حيث لا يشترط القانون شكلا معينا لإنعقاده ، ويخضع ايضا لمبدأ حرية الإثبات .
كما ان الرضائية ، متحققة في اوسع صورها في شتى جوانب التعاقد كذلك ، حيث يتم التعاقد احيانا بطريق المراسلة ، الأمر الذي يستوجب بقاء الإيجاب لفترة من الزمن، يحددها العرف التجاري وطبيعة المعاملات التجارية ، حتى يقترن القبول به ويتم التعاقد.

كما يعتبر السكوت بمثابة القبول في محيط الإلتزامات التجارية ، اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واذا كانت طبيعة التعامل او العرف التجاري او غير ذلك من الظروف التي تدل عاى ان الموجب لم ينتظر تصريحا بالقبول ، فان العقد يعتبر قد تم ، اذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب (المادة 68 مدني جزائري) .

كما تجد الرضائية مكانتها في وسائل متنوعة لإبرام العقود ، كالخطابات والبرق والهاتف ، نظرا لأهمية عنصر الوقت لدى التجار ، وما تقتضيه طبيعة المضاربة وتقلبات الأسعار.
وغالبا ما يكون الإيجاب في هذه الحالة عموميا، اذ يعرض التاجر بضاعته ويضع الثمن المحدد لها ، ويكون ذلك ايجابا منه للكافة ، ويلزم بموجبه بالبيع لكل من يتقدم له بالشراء.

ونتيجة لتطور المعاملات التجارية ، وخاصة في مجال أنشطة معينة كالنقل والتامين، فغالبا ما تبرم العقود في هذا المجال على اساس وضع عقود نموذجية لها ، يكون للراغب في التعاقد من الجمهور قبولها بما تضمنه من شروط او عدم قبولها.
وتحقيقا لسياسة للسرعة و الإئتمان والمرونة في المعاملات التجارية ، وما يتميز به التجار من حرية وخبرة ، فيندر بطلان العقد بسبب الغلط في محل العقد او بسبب عيوب الرضا كالإكراه والتدليس. اما في العقود الكثيرة الأهمية ، فكثيرا ما يضمن المتعاقدان شروط تعاقدهم ، كالإلتزام بضمان الأشياء المبيعة فترة معينة ، او تطبيق القواعد العرفية في حالة انقاص الثمن بدلا من الفسخ في حالة نقص البضاعة.

وتبعا لذلك ونظرا للإئتمان الذي يسود المعاملات التجارية ، نجد ان المشرع التجاري ، حرص على سرعة وسهولة التنفيذ بالنسبة للدائن ، لإقتضاء الديون الناشئة عن العقود التجارية. فلم يشترط لإعذار المدين ان يتم برقة رسمية عن طريق كتابة ضبط المحكمة، اذ اكتفى حصوله بطريقة عادية. واجاز للقاضي ان يامر بالنفاذ المعجل بالنسبة للأحكام الصادرة في هذا الخصوص ، وذلك حرصا من المشرع على تنفيذ الإلتزامات التجارية دون تاخير.
والجدير بالذكر انه ينتج عن اعتناق مبدأ الرضائية ، ان يكون الإثبات حر طليق ، اذا اجاز المشرع لأطراف العقد اثباته بكافة طرق الإثبات ، ايا كانت قيمة العقد ، وذلك خروجا عن الأصل العام في القانون المدني .

واذاكان مسلك المشرع التجاري على هذا النحو من التيسير ، الا ان ذلك لا يخل بالأحكام الآمرة التي وضعها بالنسبة لبعض العقود والإلتزامات. والذي سيتم تناوله اثناء الكلام عن الشكلية فيما بعد.

ومن الملاحظ ان مبدا الرضائية قد انحصر وذلك بظهور الشكلية في القانون الحديث.
اذ نرى بان المشرع خرج عن هذا الأصل وذلك بإخضاعه عقودا واعمالا تجارية عديدة ، لشكلية معينة تختلف باختلاف العمل المراد انجازه.

فقد تتمثل هذه الشكلية في شكلية عرفية او شكلية رسمية يلتزم التجار مراعاتها والإلتزام بها . اذ نجد ان جل التجار يعتمدون على كتابة عقودهم واعمالهم التجارية، نظرا لما تمنحهم من سهولة وثقة ، اذ لا يخفى خطر الإعتماد على البينة في الإثبات . فكثيرا ما تمحى من اذهان الشهود تفاصيل العقود بالنسيان ، خاصة اذا

كثرت هذه التفاصيل او طال عليها الأجل. ولا يمكن ان يترك التاجر عقوده تحت رحمة الشهود ، لذلك يحرص حتى في الحالات التي يتم فيها العقد شفويا ، على تاكيده بالحصول على توقيع من الطرف الآخر . والدليل الكتابي لا يتعارض اطلاقا مع ما تقتضيه التجارة من سرعة ويسر ، بل هو بدون شك اكثر سهولة واسرع من اجتلاب الشهود. ذلك ان التجار يطبعون عادة نماذج العقود التي اعتادوا على ابرامها ، بعد دراسة الشروط المطلوبة والإلتزامات المقبولة ، ويتركون على بياض الخانات الخاصة بالشروط القابلة للتغيير ، وفقا لظروف كل عقد ، بحيث لا يستغرق تحرير العقد اكثر من لحظات.

كما يرسل التجار لعملائهم فواتير مطبوعة يذكرون فيها بنوع البضاعة وثمنها واسم العميل بالقبول ، والدين المستحق لهم عليه ، فتكون حجة عليهم . فاذا اشر عليها العميل بالقبول اصبحت حجة عليه ايضا. ويحتفظ التجار بالمراسلات المتبادلة سواء في صورة مراسلات بريدية او برقيات ، في حلقات خاصة بكل عميل على حدى ، بحيث يسهل مراجعة تاريخ العمليات المبرمة مع كل عميل ومعرفة حالتها الحاضرة. هذه المراسلات لها طبعا قيمتها في الإثبات، حيث جاء في نص المادة 396 مدني مصري على انه : ((تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات ، وتكون للبرقيات هذه القيمة ايضا اذا كان اصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل عكس ذلك . واذا اعدم اصل البرقية فلا يعتد بالبرقية الا لمجرد الإستئناس)) .

وتعتبر الدفاتر التجارية ، بغير شك اهم وسائل الإثبات بين التجار ، لأن الأعمال التجارية اسهل من الأعمال المدنية (العقود) واسرع ، ومظهر هذه السرعة والسهولة ليس فقط في مجرد كفاية الشهود والقرائن ، تجب الكتابة ، وانما ايضا في الأدلة الكتابية المستمدة من النماذج والفواتير المطبوعة و التي يكفي فيها مجرد التوقيع ، وذلك لا يتيسر بطبيعة الحال الا حيث تتكرر العقود وتتشابه.

كما لا ننسى الدور الهام الذي يقوم به العرف التجاري والعادات التجارية في استخلاص الإرادة الحقيقة للمتعاقدين حتى عند قصور التعبير. هذا الإثبات السهل عامل مكمل للميزتين .
الحرية في تكوين العقد والسرعة في تحويل الحقوق والإلتزامات الناشئة عنه. لأن الجو الخاص للعمل التجاري هو الذي يقتضي ذلك.

كذلك لم يتوقف الأمر بالمشرع بإلتزام التجار بالدفاتر التجارية فحسب ، بل تعداه وذلك بفرض الإلتزام بالقيد في السجل التجاري ، لأن التاجر لا يكتسب الصفة التجارية الا بقيده في السجل التجاري ، الذي يعد شكلية مهمة حرص المشرع عاى ان يتبعها التجار ، حينما يريدون القيام بأي عمل تجاري متعلق بها.

وتبعا لذلك رتب المشرع على عدم مسك الدفاتر بصورة منتظمة او عدم مسكها ، وكذا عدم القيد في السجل التجاري ، جزاءات مدنية وأخرى جزائية .

كما تتمثل الشكلية ايضا في بعض البيانات التي نجدها في السندات التجارية ، هذه السندات التي كثيرا ما يلجأ التجار الى التعامل بها نظرا لأهميتها في الحياة التجارية وبناء على ذلك ، استوجب المشرع على احتوائها جملة من البيانات مثل السفتجة والتي لم يشترط فيها المشرع الكتابة الرسمية بل الكتابة العرفية ، اذن فاستوجب المشرع لإنشائها بيانات محددة يجب احترامها ، بحيث انه لا يمكن ان تقوم قانونا الا اذا صدرت في صك يتضمن هذه البيانات الإلزامية. والهدف الذي توخاه المشرع من هذا الإجراء ، هو تحديد الإلتزام الثابت في السند التجاري عاى وجه الدقة ، بحيث يكون كافيا بذاته لإثبات مضمونه، سواء من حيث اشخاصه او قيمته او تاريخ انشائه او ميعاد استحقاقه . الأمر الذي يدعم الثقة والإئتمان في السند التجاري .

وقد ذهب المشرع التجاري بعيدا ، فاشترط الرسمية في بعض العقود التجارية ، وذلك خروجا عن المبدأ العام القائل بان الأعمال التجارية اصلها الرضائية.

ويعتبر خروج المشرع عن هذا المبدا العام ، استثناء من الأصل ، حيث نص على بعض العقود التي يجب ان تخضع للكتابة الرسمية ، كما ذكرنا اعلاه . وهذه العقود التجارية هي عقود كثيرة ومتنوعة ، نذكر منها عاى سبيل المثال عقدي الشركة وعقد بيع المحل التجاري.

ففي عقد الشركة مثلا اشترط المشرع انعقاد العقد واثباته بعقد رسمي والا كان باطلا. حيث جاء في المادة 9 من قانون السجل التجاري على انه : ((تنشا بعقد رسمي يحرر لدى الموثق الشركات التي تتسم بالصبغة القانونية الخاصة بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن))

هذا فيما يخص انعقاد الشركة . اما فيما يخص اثباتها ، فقد نصت المادة 545 تجاري عاى انه : ((تثبت الشركة بعقد رسمي والا كانت باطلة. لا يقبل أي دليل اثبات بين الشركاء فيما يتجاوز او يخالف ضد مضمون عقد الشركة)).
كما نص القانون ايضا على انه يجب ان تودع العقود التاسيسية للشركة لدى المركزالوطني للسجل التجاري ، وان تنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال الشركات والا كانت باطلة (المادة 548 تجاري) بل علق المشرع اكتساب الشركة الشخصية المعنوية ن على قيدها في السجل التجاري. اذ نصت المادة 19 من قانون السجل التجاري بقولها : ((التسجيل في السجل التجاري عقد رسمي يثبت كامل الأهلية القانونية لممارسة التجارة ويترتب عليه الإشهار القانوني الإجباري))
وتقابلها (المادة 549 تجاري جزائري))
كما اعتبر المشرع تاريخ هذا القيد ، هو بداية تمتع الشركة بالشخصية المعنوية .

اما فيما يخص الإشهار ، فحث المشرع الشركة عاى الإلتزام بشهر جميع العقود التاسيسية للشركة وكل ما يطرأ عليها من تغييرات فيما يخص راسمال الشركة

سواء بالزيادة او النقصان - تغيير اسم الشركة - تغيير موضوعها الخ .... وذلك في جريدة الإعلانات القانونية المعدة لذلك ، وفي جريدة محلية . وذلك حتى يتسنى للغير الذي يتعامل مع الشركة ، ان يطلع عاى كل ما تقوم به الشركة من اجراءات تهمه.
كما يعد التسجيل الدى المصالح الحكومية ، اجراء شكلي لا بد من التقيد به ، وذلك حتى تستوفي الدولة حقها في الرسوم ، ويتم ذلك بواسطة الموثق الذي يلزمه القانون بذلك ، وفي حالة عدم التسجيل او التاخير، يتعرض لجزاءات تاديبية في اطار التنظيمات والقوانين المعمول بها .

وقد رتب المشرع على مخالفة هذه الشكليات جزاءات تختلف بحسب كل اجراء . فلقد رتب على تخلف الكتابة الرسمية في عقد الشركة ، البطلان المطلق ، والبطلان النسبي في الشكليات الأخرى .

ومن العقود الذي اشترط فيها المشرع الجزائري الشكلية و الرسمية ايضا ، بيع المحل التجاري ، حيث اشترط ان يتم العقد في الشكل الرسمي والا كان باطلا . (المادة 79 تجاري) كما يجب ان يتضمن العقد بيانات الزامية ، بحيث رتب عاى مخالفة ذكر البيانات المقررة في العقد ، بطلان عقد البيع . كما يتطلب العقد استيفاء شكليات آخرى نص عليها القانون ، كأن ينشر ملخص العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة او الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري ، عاى ان يكون الملخص مسبوقا بالتسجيل في السجل التجاري ، والا كان العقد باطلا.
وبالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة ، فان مكان الإستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري.

أ ـ التعريف بالموضوع.

الموضوع الذي سوف يتم تناوله في هذا البحث ، هوعبارة عن طرح أحكام وقواعد قانونية يدور فلكها حول مبدأ الرضائية في العقود التجارية، و ظهور الشكلية كاستثناء يرد عليها. الا انه لتطبيق كل من الرضائية والشكلية ، يتطلب الأمر منا البحث عن انواع العقود والأعمال التجارية التي تخضع لها الرضائية باعتبارها مبدأ عاما ، والعقود والأعمال التجارية التي تخضع لها هذه الأعمال باعتبارها استثناء على المبدأ كما سبق الكلام.
ولمعرفة هذه الأعمال والعقود التجارية يستوجب الأمر اعطاء مفهوم ومعيار شامل لهذه الأعمال التجارية ، وذلك عن طريق وضع ضوابط محددة للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني. تم تناول الرضائية على ضوء بعض العقود والأعمال التجارية ، والشكلية كعامل حتمي في وجود بعض العقود والأعمال التجارية.

ب ـ أهمية الموضوع.

تظهر اهمية الموضوع في تناوله مبدا الرضائية والشكلية في آن واحد ، وما مدى موازين التعامل مع كل حالة ، مع النظر الى الأهمية النظرية والتطبيقية لكل من المبدأين ولأي منهما تكون الأفضلية.

ج ــ سبب اختياري الموضوع.

يرجع السبب في اختياري هذا الموضوع ، الى انه لفت فضولي لمعرفة الأكثر عنه ، وذلك عن طريق البحث لمعرفة مبدا الرضائية ومدى سيادته لحقبة طويلة من الزمن ، كسلطان للإرادة . ثم ما لبث ان انحصر ببعض القيود التي كانت من بينها قيود قديمة جديدة الا وهي الشكلية التي ظهرت في العصور القديمة ثم تقلص دورها قليلا ثم ها هي تعود وبقوة للظهور من جديد.

د ــ إشكالية الموضوع.

الأصل العام في الأعمال التجارية هي الرضائية ، بمعنى انها تتم بمجرد توافق ارادتين دون افراغ ذلك في شكل معين. فإذا كان الأمر كذلك إذن، فما هو تفسير توجه المشرع التجاري الى فرض هذه الشكلية في أغلب الأعمال التجارية ؟
وما مدى تأثير ذلك على الحياة التجارية ، والمنازعات المتعلقة بها .

ه ـ منهج الدراسة .

لقد آ ثرت الدراسة المقارنة (المنهج التحليلي المقارن) لهذا الموضوع ، في القانون الجزائري بصفة اساسية ، والقانون الفرنسي والمصري أيضا ، من اجل ابراز أهم التطورات التشريعية التي عرفها الموضوع في هذه القوانين ، مسترشدة في ذلك بأراء الفقهاء ومستعينة بأحدث ما توصل اليه القضاء.

و ـ الصعـــوبـــات .

لعل ما اعترضني من مشاكل وعراقيل عند إعداد هذا البحث ، هي قلة المراجع المتخصصة وان وجدت فهي باللغة الفرنسية ، الشيء الذي دفعني الى الإعتماد على الترجمة بمجهودي الشخصي المتواضع .

وبناء على ذلك ارتايت لكي تكون دراسة الموضوع محل هذا البحث شاملة وكاملة ، لابد من تقسيمه كالآتي :

الفصـــــــــل الأول : الأعمال التجارية ومبدأ الرضائية فيـــــــــها

المبـــــــــحث الأول : التـــــــعريـــــــف بالأعمال التجاريـــــة
المبـــــــحث الثاني : الرضائية كمبـــــدأ عام في الأعمال التجـــاريـــة

الفصـــــــــل الثـــاني : الشكلية كعامـــــل حتمي في بعض الأعمال التجـــارية

المبـــــــحث الأول : الشكليـــــــة كعامل حتمي في التزامات التاجر والسفتجة
المبـــــــحث الثانـي : الشكلية كعامل حتمـــــــي في بعض العقود التجاريـــــة

الخـــــــــا تـمــة :

الفصل الأول:

الأعمال التجارية ومبدأ الرضائية فيها.

تعتبر الأعمال التجارية من أهم الأعمال التي إهتم بها فقهاء القانون، وذلك نظرا لما تلعبه من دور مهم في حياة التجار والحياة التجارية بصفة عامة .

ومما تجدر الإشارة اليه أنه نظرا للأهمية القصوى التي أعطاها الفقه لهذه الأعمال ، إلا أنه لم يستطع إيجاد تعريفا لها ، لكثرتها وتنوعها. ولقد حاول مع مرور الزمن فعل ذلك إلا أن جميع محاولاته باءت بالفشل ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فهناك اختلاط بينها وبين الأعمال المدنية، مما ادى بذلك الى سردها سردا.

هذا وعلى الرغم من أن الأعمال التجارية ، صعبة التحديد ، الا ان الأمر يتطلب منا محاولة إعطاء مفهوم لها وذلك عن طريق وضع ضوابط تحددها واسس منهجية تقوم عليها. هذا ما سنحاول معالجته في (مبحث اول) . علما ان هذه الأعمال تخضع وكقاعدة عامة لمبدأ الرضائية بصفة عامة ، ويكون ذلك في(مبحث ثان) .

المبحث الأول:

التعريف بالأعمال التجارية.

لم يفلح المشرع الفرنسي في وضع تعريف عام للأعمال التجارية ، فاكتفى بسرها كما سبق وان جاء . ذلك مما أدى ببعض الشراح الى التساؤل إزاء هذا التعداد ،هل هو وارد على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

ولما كان القانون الفرنسي أصلا يعتمد على طبيعة العمل التجاري ، ويعتبر التاجر ليس إلا مفهوم ثان ، ولا تحدد على اساسه الأعمال التجارية .

وحجته في ذاك ، ان هذه النظرة الموضوعية ، ترجع الى اعتبار أن العمل التجاري هو المحور الذي يدور في فلكه القانون التجاري ، وذلك بغض النظر عن صفة القائم به (1) .

---

(1) انظر:

ALFRED JAUFFRET , droit commercial , PARIS , L.G.D.J. 22eme edition,1995;p .23

ويلاحظ ان اعتماد القانون التجاري على هذا التصور ، رتب على ذلك كثيرا من التعقيدات والصعوبات ، مازالت تلازم هذا القانون الى يومنا هذا ، ومازال الفقه يعمل جاهدا على حلها (1) .

وحتى يمكننا حصر الأعمال التجارية بدقة ، لا بد من توضيحها وذلك عبر تقسيمات مختلفة لها .
وهذا ما دعانا من خلال دراسة هذا المبحث الى محاولة توضيح مفهوم الأعمال التجارية وضوابط تحديدها في (مطلب اول)، على ان نتناول تقسيماتها المختلفة. في (مطلب ثاني) .

المطلب الأول :

مفهوم الأعمال التجارية وضوابط تحديدها.

ليس من السهل إعطاء تعريفا شاملا للأعمال التجارية ، خاصة وان جميع التشريعات بمختلف مصادرها ، لم تتناولها بالتعريف . وعلى اثر عجز التشريع وخاصة الفرنسي منه في إعطاء تعريف خاص بها ، ترك الباب مفتوحا امام الفقه والقضاء وذلك للإجتهاد من اجل الخروج من هذا المأزق، الذي وضعه فيه. وهذا ما سيتم تناوله في(فرع اول) وبطبيعة الحال ادت هذه الإجتهادات الى وضع ضوابط متنوعة يعتمد عليها في تبيان هذه الأعمال ، والتمييز بينها وبين الأعمال التجارية (فرع ثان) ، ثم حاول الإبتعاد عن البناء التقليدي وذلك بالتوجه الى وضع أسس منهجية يقوم عليها تعريف العمل التجاري ،(فرع ثالث).

---

(1) انظر :

د / محمد فريد العريني . القانون التجاري . الجزء الأول في نظريتي الأعمال التجارية والمهن التجارية . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية . 1995 . ص . 65 .

الفرع الأول:

مفهوم الأعمال التجارية .

لم يأت المشرع الفرنسي كما سبقت الإشارة الى ذلك بمفهوم للأعمال التجارية، حيث اننا نجد بان التعداد التشريعي الوارد في نصي المادتين (632 و633) من القانون التجاري الفرنسي ، وارد على سبيل المثال مما ادى الى خلق اشكالية بخصوص الأعمال المستحدثة والتي لم يتناولها هذا التعداد.

أولا : الأعمال المنصوص عليها قانونا.

هي تلك الأعمال التجارية التي قام المشرع بتحديد طبيعتها فاضفى عليها الصفة التجارية ، وطبقا لذلك لم يعد هناك شك في تجاريتها . اذ يجب على الأشخاص ان يلتزموا بما قرره المشرع في شانها . بحيث لا يجوز لهم الإتفاق على جعل العمل مدنيا بعد ان اعتبره المشرع تجاريا ، لأنه اذا كان العمل مدنيا او تجاريا لا علاقة له برغبة الأشخاص ولكنه يرجع الى طبيعة العمل ذاتها . وهي مسألة تتعلق بالنظام العام .

لذلك يتوجب من محكمة النقض ان تراقب محكمة الموضوع في تحديد طبيعة العمل والنتائج التي تترتب عن ذلك . ويكون القرار التي تتخذه محكمة الموضوع في هذا الخصوص من قبيل الفصل في مسالة قانونية .

وتعتبر الأعمال التجارية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون التجاري وردت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك ما يفهم من نص المادة الثانية بقولها:
((يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه ......))
ثم تناول المشرع الجزائري نوعا آخر من الأعمال التجارية واعتبرها أعمالا تجارية من حيث الشكل(المادة الثالثة) وطائفة ثالثة من الأعمال اعتبرها تجارية بالتبعية (المادة الرابعة) .

ثانيا : الأعمال المستحدثة.

ان المشرع الفرنسي بوضعه التعداد التشريعي للأعمال التجارية ، لم يضع في الحسبان بانه قد تظهر في المستقبل أعمالا تجارية ، مما ادى بالقضاء الى الإجتهاد والقياس على الأمثلة التي جاءت في التعداد التشريعي ، ما يعرض عليه من اعمال جديدة ، ويرى وجوب اعتبارها تجارية ، فتخضع لأحكام القانون التجاري ، أو اعتبارها مدنية فتخضع لأحكام القانون المدني(1) .

---

(1) انظر :
د/ محسن شفيق . القانون التجاري المصري . الطبعة الأولى . دارنشر الثقافة بالإسكندرية .
دون سنة نشر ص . 136 .

الفرع الثاني:

ضوابط تحديد الأعمال التجارية .

يمكن استنباط الضوابط التي تميز العمل التجاري وذلك من استخلاص الخصائص التي اعتبرها المشرع عندما نص على تجارية الأعمال التجارية في التعداد التشريعي ، فكل عمل منها يدل على التجارية في نظر المشرع.

لذلك اهتم الفقه باستخلاص المميزات والصفات التي تفرق بين العمل التجاري عن العمل المدني ، وحاول ان يردها الى اصول جامعة ، فظهرت بعض الضوابط والمعايير يمكن معها الإستعانة في تحديد وصف العمل .

أولا : ضوابط موضوعية.

تنحصر هذه المعايير في معيار المضاربة ، ومعيار التداول. ولقد اطلق عليها تلك التسمية،لأنها تنظر الى العمل التجاري ، نظرة موضوعية بمعنى الى طبيعة العمل وليس لصفة القائم به .

1 ـ معيار المضاربة.

معيار العمل التجاري لدى الأستاذين [Renault et caens] يكمن في أن العمل التجاري هو فكرة المضاربة بمعنى أن العمل التجاري هو كل عمل يستهدف الى تحقيق الربح وذلك عن طريق المضاربة (1) .
ويقول اصحاب هذا لمعيار ، ان السعي وراء تحقيق الربح هو الذي يميز العمل التجاري ، والمثال على ذلك الشراء لأجل البيع ، فالمشتري يشتري السلعة من اجل إعادة بيعها بثمن اكبر من ثمن الشراء بقصد الربح ، وطبقا لذلك يعتبر عمله تجاريا.
ويعاب على هذا المعيار القصور ، فهناك من الأعمال ما يعد تجاريا حتى ولو لم يكن الغرض منه تحقيق الربح كالبيع بالخسارة مثلا هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لا يقتصر تحقيق الربح على المهن التجارية وحدها ، فهناك أعمال مدنية هدفها تحقيق الربح ايضا (الحرفيين ـ المزارعين ـ اصحاب المهن الحرة) ومع ذلك لا يعتبر عملهم تجاريا . (2) .
لذالك لا يمكن الإعتماد على معيار المضاربة في تحديد طبيعة العمل التجاري في بعض الأحيان ، وهو ما يستوحب البحث عن معايير أخرى تكشف عن بعض جوانب العمل التجاري التي لا يصلح معيار المضاربة في اظهارها.

---

(1) انظر :
د/ هاني محمد دويدار ، التنظيم القانوني للتجارة والتاجر، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، 1997 ص . 133 ص . 133 .
(2) انظر:
DOMINIQUE LEGEAIS , droit commercial , PARIS , dalloz , 11eme edition , 1997 , p.29

2 - معيار التداول.

يقصد بالتداول النقل والحركة ، حيث ذهب بعض الفقهاء الى ان التداول ، هو الذي يميز بين العمل التجاري والعمل المدني. و مؤدى هذا المعيار أن الأعمال التجارية هي التي تتعلق بتداول الثروات من وقت خروجها من يد المنتج الى وقت وصولها الى يد المستهلك (1) . ولا تثبت الصفة التجارية للعمل التجاري الاإذا كان الغرض منه تحريك السلع والأشياء ، لأن الحركة هي التي تنسجم مع روح التجارة.

فاذا تناول العمل القانوني السلعة وهي في طور السكون ، فلا يمكن وصفه بأي حال من الأحوال بانه عمل تجاري ، بل يعد عملا مدنيا.
وترتيبا لذلك لا تعتبر الأعمال القانونية التي يقوم بها المنتج من قبيل الأعمال التجارية ، لأن السلعة في يد المنتج لا تزال في مرحلة الركود . فاذا باع مزارعا المحصولات الزراعية من ارضه ، فلا يعتبر هذا البيع عملا تجاريا . وعلى العكس من ذلك ، يعد الشخص الذي يشتري هذه المحصولات من اجل بيعها ، على انه يقوم بعمل تجاري لأنه ادى الى تحريك السلعة وادخلها في اطار التداول.

غير ان معيار التداول لا يفلح في بعض الأحيان في اسباغ الصفة التجارية على بعض الأعمال ، على ان التداول لا يقتصر على السلع وحدها ولكن ايضا يشمل الخدمات التي يؤديها أ صحاب المهن الحرة ، ومع ذلك لا يعتبر العمل الذي يقوم به هؤلاء الأشخاص من الأعمال التجارية .

ومن المؤكد أن هذا المعيار لم يعد قاصرا على التجارة وحدها، يحيث يمكن توسيعه على نحو يسمح بإنصرافه أيضا إلى المهن الزراعية، على أساس أن المزارع يساهم أيضا شأنه في ذلك شأن الصانع في تحريك المنتجات الزراعية ودفعها إلى يد المستهلك(2) .

ثانيا: ضوابط شخصية.

تسمى بالمعايير الشخصية و يطلق عليها البعض بالطائفية ، لكونها تاثرت بالنزعة الذاتية للقانون التجاري . وتشمل هذه المعايير معيار المشروع ومعيار الحرفة التجارية واخيرا معيار الوساطة.

---

(1) انظر:
د/ احمد محرز . القانون التجاري الجزائري . الجزء الأول . نظرية الأعمال التجارية والتاجر. المطبعة العربية الحديثة 1987 ، ص . 45 .

(2) انظر :
د/ مصطفى كمال طه . الأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية والصناعية . منشأة المعارف بالإسكندرية . دون سنة نشر . ص . 139 .

1 – معيار المشروع.

لا يدخل العمل في نطاق القانون التجاري الا اذا تمت مباشرته على شكل مشروع. ويقصد بالمشروع التكرار المهني للأعمال التجارية إستنادا الى تنظيم مادي سابق يكفل استمرارها ودوامها حيث يباشر الشخص العمل في محل مستعينا بالغير (1). اما القيام بالعمل المنفرد من طرف شخص ما ، فلا يكون الا عملا مدنيا ولا يصل الى مستوى المعاملات التجارية.

ويعزز اصحاب هذا المعيار رايهم من ناحيتين:
الأولى:
بالرجوع الى المشروع في تحديد نطاق القانون التجاري ، يرى أصحاب هذا الرأي بان ذلك انسب وابسط من الإعتماد على العمل القانوني المنفرد، لأن المشروعات غالبا ما تقترن بمظاهر خارجية تنبىء عنها .
الثانية:
إن هذا المعيار وان كان له سند جزئي في نصوص القانون التجاري الجزائري حيث توجد هناك طائفة من الأعمال التجارية التي لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا تم مباشرتها على سبيل المشروع ، غير ان هناك بعض الأعمال تعتبر تجارية ولو وقعت منفردة ، كما هو الحال بالنسبة للشراء من اجل البيع (2) .
كما انه لا يمكن الإكتفاء على المشروع في تحديد نطاق القانون التجاري، الا اذا تدخل المشرع بنصوص قانونية ، فيقوم بتعديل الوضع القائم ، فيغفل الأعمال التجارية المنفردة ، ويبقي على المشروعات التجارية.
غير أنه من الناحية العملية ، هناك مهن مدنية تدار بأساليب شبيهة بالمشروعات ، كمكاتب المهندسين والمحامين والأطباء .

ونعتقد بأن معيار المشروع لا يقضي على كل الصعوبات التي قامت بشان ترسيم الحدود بين العمل التجاري والعمل المدني، على اساس ان هناك بعض الأعمال التي تدار باساليب شبيهة بالمشروعات ، كمكاتب المهندسين والأطباء والمحامين (3).

---

(1) انظر :
د/ محمد هاني دويدار ، المرجع السابق ، ص . 139
(2)انظر:
المادة 2 من القانون التجاري الجزائري.
(3) انظر :
د / علي حسن يونس . القانون التجاري . دار النهضة العربية للنشر والطباعة ، 1977 . ص . 139 و140 .

2 ـ معيار الحرفة التجارية .

يرى الفقيه [RIPERT] أن أساس مفهوم العمل التجاري هو الحرفة التجارية ، إذ تقتضي الحرفة التجارية القيام بعدد معين من الأعمال القانونية كشراء المواد الأولية وبيع المنتجات وإبرام عقود النقل وغيرها من الأعمال ، بحيث يتضح طابع الإحتراف جليا من طبيعة ومحل هذه الأعمال. والمثال على ذلك أن يقوم بائع التجزئة بشراء كميات كبيرة من السلع على نحو منتظم .إذن فشراء مثل هذه الكمية الكبيرة من السلع والبضائع ، تدل على أن الشراء لا يتم للإستهلاك وإنما ينبىء الإنتظام في الشراء عن نشاط تجاري يحترفه المشتري (1).

اذن فحسب رأي هذا الفقيه يعد العمل التجاري ذلك العمل الذي يتم في إطار ممارسة الحرفة التجارية بحيث يعرفها بأنها تكريس إعتيادي للقيام بمهنة تجارية من أجل الإرتزاق ، ويضيف بأن التاجر يستهدف نفعا عاما من ممارسة التجارة. ويستدل على الإحتراف بتكرار ذات الأعمال بالنمط الذي يصاحب القيام بها وبصفة عامة التنظيم المادي للنشاط والذي يعلم الغير بوجود الحرفة.

ويقترب معيار الحرفة التجارية من معيار المشروع من حيث انهما يقتضيان تكرار وقوع العمل بصفة منتظمة ومستمرة. كما يوضح ريبير فكرة الحرفة التجارية ، بان ممارستها تحتاج الى بعض المظاهر الخارجية كفتح محل و توظيف عمال والإتصال بالجمهور . الا ان الفقيه يرى ايضا ، أن معيار الحرفة التجارية يختلف عن معيار المشروع من حيث ان الأولى تصلح في تحديد نطاق القانون التجاري في ظل التشريع القائم ، خلافا لمعيار المشروع .

ويعاب على هذا المعيار انه لايقضي على الصعوبة ولا يقدم معيارا لتحديد نطاق القانون التجاري ، اذ يظل البحث دائرا لمعرفة ماهية الحرفة التجارية ، خصوصا وان الإعتماد على العرف التجاري في ذلك لايكفي لتوضيح الغرض المقصود منها. وتوجد بجانب الحرف التجارية حرفا اخرى مدنية ، وتحصل ممارسة كل من الحرفتين بطريقة متشابهة. كما ان كلا هما تكون له ذات المظاهر والأمارات التي للأخرى . فالمحامي الذي يتخذ له مكتبا ويستخدم بعض الموظفين ويتصل بالعملاء، كما هو الحال بالنسبة للتاجر، ومع ذلك لا يباشر المحامي حرفة تجارية بل بقوم بعمل مدني(2) .

---

(1) انظر:
د / هاني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 135 و136 .

(2) انظر :
د / علي حسن يونس . المرجع السابق . ص . 132 .

3 ـ معيار الوساطة.

ان الصفة التجارية تثبت للأعمال التجارية التي يترتب عليها الوساطة بين المنتج والمستهلك. فلأعمال القانونية التي ترد على السلعة هي في يد المنتج او المستهلك تعتبر من قبيل الأعمال المدنية . كما اذا باع المزارع المحصول الناتج من ارضه ، او كما اذا اشترى شخص الغذاء والملابس له ولأسرته . اما غير ذلك من الأعمال القانونية التي يقوم بها الوسطاء كنقل السلعة والسمسرة عليها وبيعها ، فتعتبر من قبيل الأعمال التجارية.

ويقترب معيار الوساطة في معناه من معيار التداول ، وان كانت الوساطة اوسع واشمل ، اذا تندرج تحتها بعض الأعمال القانونية التي لا يشملها التداول ، كما هو الشان بالنسبة لجميع الأعمال القانونية التي يقوم بها الوسطاء دون ان يترتب عليها تحريك السلعة. و مع ذلك يلاحظ انصار هذا المعيار بان بعض الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون ، لا يقتضي وجود الوسطاء ، و انما استوجب المشرع تجاريتها بالنظر الى اعتبارات اخرى مستمدة من مقضيات الحياة التجارية .

وتبعا لذلك فمعيار الوساطة لا يصلح في وضع معيار ينطبق على جميع الأعمال التجارية . وان كان يفسر تجارية بعض الأعمال، وشأن معيار الوساطة في ذلك شأن المعايير الأخرى التي قال بها الفقهاء كمعيار المضاربة ومعيار التداول.

ثالثا: تقييم المعايير الفقهية.

يظهرمما تقدم انه لا يمكن الإعتماد على أي واحد من هذه المعايير التي سبق بيانها كمعيار كاف لتحديد نطاق القانون التجاري . ولكن يفيد كل واحد من هذه االمعايير في الكشف عن بعض الأعمال التجارية ، بسبب تنوع الوسائل والأهداف التي تسعى اليها الحياة التجارية. فالمضاربة والتداول والوساطة والمقاولة تعتبر من مقومات التجارة ومقتضياتها . ولذلك يحتاج القاضي والفقيه الى هذه النظريات جميعا لكي يعتمد عليها ، في استخلاص خصائص العمل التجاري . وكما نعلم من ان التشريع القائم يعتمد في بيان نطاق القانون التجاري على كل من النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية ، وهو ما يبيح للقاضي او الفقيه ان يعتمد في بيان الأعمال االتجارية على كل من المعايير الموضوعية والشخصية التي تنطوي عليها النظريات المتقدمة ، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع النصوص التشريعية(1) .

---

(1) انظر :
د / علي حسن يونس ، المرجع السابق ، ص . 143

وختاما لما سبق فانه لوضع معيار منضبط للعمل التجاري أهميته المحورية، ذلك ان نطاق تطبيق القانون التجاري ، يتحدد بصفة اساسية بالأعمال التجارية . وبالتالي لا يتاتى اتساع نطاق تطبيقه ، الا من خلال اضافة انشطة اقتصادية مستحدثة الى التعداد الوارد بالقانون للأعمال التجارية.

والمعيار المنضبط يتعين اقامته على اسس منهجية محددة ، يمكن معها التوصل الى صياغة تعريف العمل التجاري (1) .

موقف الشرع الجزائري .

حسب تتبعنا لمسلك المشرع الجزائري في تعداده للأعمال التجارية ، نرى بانه لم يتبع معيارا ثابتا .

فاحيانا يعتبر العمل تجاريا ولو وقع بصفة منفردة ، وتارة اخرى يشترط مباشرة العمل التجاري على وجه المقاولة.

في حين نرى من جانبنا ، ان المعيار المنضبط لتحديد العمل التجاري ، يقوم على عنصر المشروع الراسمالي الذي يعتمد بالدرجة الأولى ، على سيطرة رب العمل واستغلاله لقدرة العامل ، وتحقيق الربح النقدي والإنتاج من خلال دورة راس المال.

---

(1) أنظر :

د / محمد هاني دويدار ، المرجع السابق ، ص . 145

المطلب الثاني :

التقسيمات المختلفة للأعمال التجارية والنظام القانوني لها.

قسم المشرع التجاري الأعمال التجارية الى ثلاثة طوائف .الأعمال التجارية الأصلية ، والطائفة الثانية من الأعمال التجارية هي مدنية بطبيعتها ، ولكنها تعد تجارية بسبب صدورها من تاجر لحاجات تجارته ، وهي الأعمال التجارية بالتبعية. اما الطائفة الثالثة فهي تتمثل في الأعمال التجارية بحسب الشكل،واخيرا تاتي الطائفة الرابعة والأخيرة، وهي الأعمال المختلطة والتي يكون فيها العمل تجاريا بالنسبة لأحد الطرفين ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر وهذا ما دعانا الى تناول ذلك في (فرع اول) . وقد سن المشرع أحكاما عامة لهذه الأعمال ، بحيث تتضمن قواعد خاصة بها ، اذ تشكل في مجموعها النظام القانوني للأعمال التجارية ويكون في (فرع ثاني) .

الفرع الأول :
التقسيمات المختلفة للأعمال التجارية .

قلنا فيما سبق أن هناك أعمال تجارية تشكل كتلة واحدة بحيث تخضع كلها لنفس القانون ولا تمثل أشكالا بخصوص ذلك، وعلى هذا الأساس صنفها المشرع في نفس الخانة . وتتمثل هذه الأعمال في الأعمال التجارية الأصلية(أولا) ثم الأعمال التجارية بالتبعية (ثانيا) والأعمال التجارية بحسب الشكل (ثالثا) واخيرا الأعمال المختلطة بحيث صنفت على أساس انها اعمالا مستقلة بذاتها ، لأنه يطبق في شانها احيانا القانون المدني واحيانا اخرى القانون التجاري. (رابعا) .

أولا: الأعمال التجارية الأصلـــــــــــــــية.

لا يثور ادنى إشكال حول إضفاء الصفة التجارية على الأعمال التجارية المشمولة بالتعداد الوارد في التقنين التجاري ، ولا يلزم القضاء الإجتهاد في شانها فهي أعمالا تجارية بحسب نص القانون، ولقد أطلق عليها الفقه الأعمال التجارية بطبيعتها (الأصلية) [1] .
والأعمال التجارية بطبيعتها او كما يسميها البعض بالأعمال الأصلية ، تنقسم بدورها إلى قسمين :

---

(1) انظر :
المادة الثانية . من القانون التجاري الجزائري.

الأولى : وهي الأعمال التي تعد تجارية ولو تمت من قبل الشخص مرة واحدة،ويطلق عليها " بالأعمال التجارية المنفردة".

الثانية : وهي تلك التي لا تعد تجارية إلا إذا تمت على وجه التكرار وتمت في إطار من التنظيم من قبل القائم بها. ويطلق عليها الفقه " بالمشروعات التجارية ".
ويرجع هذا التمييز بين الأعمال التجارية بطبيعتها الى استخدام المشرع لفظ <المشروع > عند نصه على بعض صور الأنشطة التي تعد أعمالا تجارية ، في حين أنه لا يستخدم ذلك اللفظ بالنسبة الى صور أخرى للنشاط التجاري . ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي إستخدم في نصي المادتين (632 633) من القانون التجاري لفظ < entreprise > ويعني المشروع في بعض صور الأعمال التجارية ، ولم يستخدمه في صور أخرى لهذه الأعمال. والإصطلاح الفرنسي المشار إليه ترجم الى اللغة العربية في نصوص القانون التجاري باصطلاح المشروع.

1 ـ الأعمال التجارية المنفردة Les actes de commerce singuliers .

تشمل الأعمال التجارية المنفردة : الشراء لأجل البيع ـ أعمال الصرف والبنوك ـ السمسرة ـ وعمليات الوساطة لشراء وبيع العقارات او المحلات التجارية والقيم العقارية (1) . ولقد استبعد المشرع المصري شراء العقارات لإعادة بيعها ، ويبرر هذا الحكم أن العقارات ثابتة مما بنفي فكرة التداول السريع وهي قوام العمل التجاري ، فضلا عن أن انتقال ملكية العقارات يخضع لإجراءات التسجيل مما لايتفق وروح التجارة.

غير أنه ومع التطور الإقتصادي ظهرت مضاربات عقارية واسعة النطاق ، واستثمرت أموالا طائلة في شراء الأراضي وتقسيمها وبيعها بقصد الربح، مما حاد ببعض الفقهاء الى التسليم بأن العمليات العقارية إذا توافرت فيها خصائص العمل التجاري يمكن إعتبارها تجارية كالعمليات على المنقولات. وقد يعترض على ذلك بأن ملكية العقار يخضع للتسجيل وهو لا يتفق مع نظام الإثبات التجاري الذي يقوم على مبدأ الحرية.

وإذا كانت حرية الإثبات هي القاعدة العامة في القانون التجاري ، فإنها غير لازمة للأعمال التجارية . فتأسيس عقد الشركة مثلا يتطلب إثباتا كتابيا فضلا عن أنه يخضع كذلك لإجراءات الشهر .
ولهذه الأسباب اعتبر كثيرا من التقنينات المختلفة المضاربات العقارية من الأعمال التجارية .

---

(1) انظر :
المادة 2 فقرة اولى من القانون التجاري الجزائري.

وما يمكننا استنتاجه هو ان المشرع الجزائري اعتبر الأوراق التجارية ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل ، على خلاف نظيره المصري الذي اعتبرها من الأعمال التجارية بحسب الطبيعة (أعمالا منفردة) .

2 ــ المشروعات التجـــارية . . Les entreprises commerciales

يميز الفقه التجاري بين الأعمال التجارية المنفردة وبين المشروعات التجارية ، أو كما يطلق عليها المشرع الجزائري ـ الأعمال التجارية على وجه المقاولة ـ المادة 2 من القانون التجاري الجزائري وتقابلها (المادة 2 من التقنين التجاري المصري) إستنادا الى الألفاظ ا لواردة بالتعداد التشريعي للأعمال التجارية كما سبقت الإشارة الى ذلك أعلاه .

والمقاولة هي ترجمة لكلمة مشروع ، ويقصد بها المشرع في هذه الحالة ، تنظيم نشاط معين في شكل مشروع ، وهو المعنى الإقتصادي الذي استعاره المشرع لفكرة المقاولة .
لذلك يشترط في المقاولة ان تخضع لقدر من التنظيم وان تتبع في ممارسة النشاط الأساليب الي تراعي في سير المشروعات . فاذا لم ياخذ النشاط صفة المشروع ، على قدر يسمح بوقوع المضاربة ، فلا يعتبر العمل الذي يقوم به الشخص من قبيل المقاولة ولا يكتسب صفة التاجر.

ونكتفي في هذا المقام بذكر تعريف الفقه الغالب للمشروع بأنه تكرار العمل إستنادا الى تنظيم سابق وخطة موضوعة ـ بمعنى أن العمل يتم بناء على تنظيم سابق مرسوم يهدف الى القيام بهذا العمل على نحو مستمر، ويتمثل في مجموع الوسائل المادية والبشرية لتحقيق الغرض المقصود .

وبيانا لما تقدم ، أن للمقاولة في حكم المادة الثانية من التقنين التجاري الجزائري عنصران :
أ ـ تكرار العمل ، فالعمل المنفرد لا يكفي لقيام المقاولة ، بل لابد من تكراره .
فمقاول النقل مثلا هو من يقوم بعمليات النقل على سبيل التكرار.

ب ـ وجود تنظيم يهدف الى القيام بهذا العمل على نحو مستمر ، ويتمثل في مجموع الوسائل المادية والأدوات والعمال لتحقيق الغرض المقصود. فمقاول النقل هو الشخص الذي تكون لديه عربات وعمال للقيام بالنقل.

اما الأعمال التي تعتبر تجارية اذا وقعت على سبيل المقاولة ، فهي مقاولة الصناعة ومقاولة الوكالة بالعمولة ومقاولة النقل والتوريد ومقاولة البيع بالمزاد العلني الخ،،،.

ثانيا: الأعمـــــال التجارية بالتبعية.

لدراسة نظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، يلزم بالدرجة الأولى تعريفها (1) وتبيان أساسها (2) ثم شروطها (3) وأخيرا نستعرض تطبيقاتها على ضوء الفقه والقضاء (4).

1 ـ تعريف الأعمال التجارية بالتبعية.

الأعمال التجارية بالتبعية أعمالا مدنية بطبيعتها ولكنها تعد أعمالا تجارية بسبب صدورها من تاجر لحاجات تجارته. ومصدر تجارية هذه الأعمال ليس في طبيعتها وإنما في صفة القائم بها. بمعنى أن المهنة تؤثر في الأعمال التابعة لها وتكسبها صفتها . فالتاجر الذي يشتري أثاثا لمكتبه إنما يشتريه من أجل الإستهلاك لا للبيع، ومع ذلك فإن هذا الشراء يعد عملا تجاريا بالتبعية لأنه تابع لتجارته.

ويلاحظ أن نطاق الأعمال التجارية بالتبعية يقتصر على الأعمال التابعة لنشاط التاجر. وعلى ذلك يعتبر العمل المدني التابع لعمل تجاري منفردا قام به غير تاجر ، لا يكتسب الصفة التجارية .

2 ـ مضمون الأعمال التجارية بالتبعية.

تقوم نظرية التبعية على إعتبارات منطقية تقتضي إمتداد الصفة التجارية على كل عمل يقع تابعا للتاجر حتى يخضع العمل الأصلي والعمل التابع لقواعد واحدة. تطبيقا للمبدأ القائل بأن الفرع يتبع الأصل في الحكم (1) . وذلك أن النشاط التجاري وحدة لا تتجزأ ، ومن غير اللا ئق أن تخضع الأعمال الناتجة عنه لأحكام القانون التجاري ، في حين يبقى بعضها يخضع لأحكام القانون المد ني .

كما تقوم نظرية التبعية على إعتبارات قانونية حيث جاء في نص المادة 4 من التقنين التجاري الجزائري على أن:((يعد عملا تجاريا باالتبعية.......الإلتزامات بين التجار)). إذ توحي الفقرة الأخيرة من هذا النص بأنه يشترط لإعتبار العمل تجاريا بالتبعية ، يجب أن يتم بين تاجرين.

غير أن كلا من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر قد إستقرا على الإكتفاء بأن يكون أحد طرفي الإلتزام تاجرا، حتى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه. بينما يحتفظ الطرف الآخر الثاني بصفته المدنية.

---

(1) انظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 75 .

3 ـ شروط نظرية الأعمال التجارية بالتبعية .

يتضح من نص المادة 4 من التقنين التجاري المذكورة أعلاه، أنه لتطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، يجب توافر شرطين أساسين:

أ ـ ضرورة إكتساب صفة التاجر.

عرفت المادة 1 من القانون التجاري ، التاجر بقولها : ((يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له)) .

وترتيبا لذلك يعتبر العمل الصادر من التاجر هو وحده الذي يمكن إعتباره عملا تجاريا وبالتالي تكون التبعية المقصودة بحكم التجارية هي التبعية الشخصية ، إرتباطا بصفة القائم بالعمل لا تبعية موضوعه، أي مجرد إرتباط العمل التابع بعمل تجاري أصلي. أما إذا كان العمل تجاريا ولم يكن الشخص القائم به تاجرا فلا تكتسب أي من الأعمال المرتبطة بالقيام بالعمل التجاري الصفة التجارية (1) .
على انه لا يلزم لإعتبار العمل تجاريا بالتبعية ، ان تكون العلاقة مباشرة بين العمل ونشاط التاجر المهني ، بل يكفي ان يكون العمل قد حدث بمناسبة النشاط التجاري للتاجر، بحيث لو لا هذا النشاط لما وقع العمل.

ب ـ إرتباط العمل بالحرفة التجارية.

لا يعتبر العمل تجاريا بالتبعية أن يصدر من تاجر فحسب، بل يجب أن يرتبط بحرفته التجارية . بمعنى أن الصفة التجارية لا تثبت إلا لأعمال التاجر المرتبطة بتجارته. فإذا إنتفى هذا الإرتباط ، بقى العمل محتفظا بطابعه المدني نظرا لإنقطاع الصلة بالتجارة.
وقد أكد الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على ضرورة وجود إرتباط مادي بين العمل التجاري والحرفة التجارية حتى يصبح هذا العمل تجاريا بالتبعية.

4 ـ تطبيقات نظرية التبعية.

رأينا أن الأعمال التجارية بالتبعية هي الأعمال الصادرة عن تاجر بمناسبة نشاطه التجاري . والأصل في ظل التعداد التشريعي للأعمال التجارية في التقنين التجاري ، أن العمل التجاري يتمثل في علاقة تربط بين شخصين أي أن المجال الرئيسي للأعمال التجارية هو العقود.

---

(1) انظر :
د / عبد الحميد الشواربي ، نظرية الأعمال التجارية والتاجر ، وفقا للقانون التجاري رقم : 17 لسنة 1999 منشلة المعارف ، الإسكندرية ، ص . 45 .

إلا أنـه إسـتنادا إلـى الشـرطين اللـذين إستخلصـهما الفقـه والقضـاء لتطبيـق نظريـة الأعمال التجارية بالتبعية ، أمكن مدها إلـى الإلتزامـات غيـر التعاقديـة ولـم يقصـرها على الإلتزامات التعاقدية فحسب (1) .

كذلك يفهـم مـا جـاء فـي نـص المـادة 4 مـن التقنـين التجـاري الجزائـري، بقولهـا : ((الأعمال التي يقوم بها التاجر ....)). كلمة الأعمال التي ذكرها المشرع .اي أن هذه الأعمـال قد تكـون أعمـالا ماديـة أو قانونيـة ناشـئة عـن التزامـات تقصـيرية أو تعاقديـة. وفيمـا يلـي نعـرض تطبيقـات نظريـة الأعمـال التجاريـة بالتبعيـة فـي مجـال الإلتزامات التعاقدية (1) ثم تليها تطبيقاتها في مجال الإلتزامات غير التعاقدية (2).

1 ــ تطبيقات النظرية في مجال الإلتزامات التعاقدية.

تعتبر جميع العقود التـي يبرمهـا التـاجر لحاجـات تجارتـه مـن الأعمـال التجاريـة بالتبعية طبقـا لنظريـة الأعمـال التجاريـة بالتبعيـة، رغـم أنهـا فـي الأصـل ذات طـابع مدنـي .

إلا أن بعض هذه العقود أثار التساؤلات حول إعتبارها من الأعمال التجارية بالرغم من صـدورها مـن تـاجر لحاجـات تجارتـه. وهـذه العقـود هـي: عقـود الكفالـة ـ العقـود المتعلقة ببيع المؤسسة التجارية وأخيرا العقود المتعلقة بالعقارات.

أ ــ عقد الكفالة.

أصلا الكفالة مـن عقـود التبـرع ، بمعنـى أن الكفيـل يتقدم للكفالـة بقصـد تنفيـذ إلتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، دون أن يتقاضـى أجرا علـى كفالته.

والأصل ان الكفالة من عقود التبرع ، ولذلك لا تدخل في حظيرة الأعمـال االتجاريـة التي تهدف الى تحقيق الربح والمكسب . ولا يغير من ذلـك ان يكـون الـدين المكفـول تجاريا او ان يكون الكفيل او المكفول تاجرا. وقد نصت على ذلك المـادة 561 فقـرة 1 مدني جزائري بقولها: ((كفالة الدين التجاري تعتبر عمـلا مـدنيا ولـو كـان الكفيـل تاجرا)) وتقابلها (المادة 779 فقرة 1 مدني مصري) .

غير ان هذا الأصـل المتقدم يـرد عليـه إسـتثناء فـي بعـض الأحـوال . هـذا مـا نصـت المادة 651 فقـر2 مـن القـانون المـدني الجزائـري وتقابلهـا(المـادة 779 فقـرة 2 مـن التقنـين المـدني المصـري) بقولهـا : ((غيـر ان الكفالـة الناشـئة عـن ضـمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا ، او عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاريا))

وقد قصدالمشرع من ذلك تيسير اسباب الإئتمان التجاري ، اذا اتبعت لهذا الغـرض الأدوات والأشكال الخاصة التي نص عليها القانون التجاري.

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 98 .

كما تعتبر الكفالة عملا تجاريا اذا كان الكفيل بنكا وتقدم لكفالة أحد عملائه نظير عمولة . فالكفالة في هذه الحالة تتصف بالتجارية لكونها صدرت عن مصرف وذلك إستنادا لنص المادة 2 فقرة 14 من التقنين التجاري الجزائري التي جاء فيها ما يلي: ((يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع كل عملية مصرفية)). وتقابلها(المادة 2 فقرة 5 من التقنين التجاري المصري). والكفالة احدى هذه الأعمال(1) .
كذلك تكون الكفالة عملا تجاريا اذا كان الكفيل تاجرا ويسعى من وراء الكفالة الى مصلحة تعود بالنفع على تجارته ، كأن يكفل تاجرا عميله التاجر ليدرأ عنه خطر الإفلاس ويحتفظ به كعميل. فالكفيل في هذه الصورة ، يتقدم للكفالة لمصلحة تجارته هو لا بمجرد التبرع للمدين المكفول ومن ثم تعد الكفالة عملا تجاريا بالتبعية في هذه الحالة ، لأنها لاتحصل على وجه التبرع بل ابتغاء مصلحة للكفيل. (2) .

ب ـ العقود المتعلقة بالعقارات.

هناك أسباب تاريخية أدت الى إستبعاد جميع الأعمال التجارية المتعلقة بالعقارات من نطاق الأعمال التجارية . لأن العرف مستقر على ان الأعمال القانونية التي ترد على العقار تعتبر من قبيل الأعمال المدنية. والمثال على ذلك اذا قام التاجر بهذه الأعمال لشؤون تتعلق بتجارته ، كما اذا اشترى التاجر عقارا ليباشر فيه تجارته ، اذ لاشان للقانون التجاري بكل الأعمال المتعلقة بنقل ملكية العقار و تقرير حق عيني عليه او غير ذلك مما يدخل في صميم الحياة المدنية.

إلا أن القضاء بدأ التخلص من وطأة الظروف التاريخية التي عاصرت نشأة القانون التجاري كمجموعة قواعد مستقلة ، وذلك بأن العقود التي تتعلق بإلتزامات محلها عقارا تعد ، من الأعمال التجارية بالتبعية إذا ما أبرمها التاجر لحاجات تجارته. والمثال على ذلك أن يقوم التاجر بإستئجار عقار ليزاول فيه نشاطه التجاري ، أ و التعاقد مع مقاول على ترميم أوتوسيع العقار الذي يزاول فيه التاجر نشاطه التجاري ، أو التأمين على العقار الذي يزاول فيه نشاطه، فان التزام التاجر ينشأ في هذه الأحوال متصلا بمباشرة مهنة التجارة ، ولذلك يعتبر عملا تجاريا بالتبعية . وبالمثل اذا اتفق التاجر مع احد المقاولين على توريد الأدوات اللازمة لبناء مصنع او لتوسيع المحل التجاري ، فان التزام التاجر بالوفاء بقيمة هذه الأدوات يعتبر عملا تجاريا بالتبعية (3).

---

(1) انظر :
د / علي حسن يونس ، المرجع السابق ، ص . 153 .
(2) انظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 98 .
(3) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السالبق ، ص . 79 .

ج ـ عقد بيع او شراء المحل التجاري.

اختلف الراي حول تجارية بيع أ وشراء المحل التجاري. ويميز الراي الراجح بين ما ذا كان البيع حاصلا من التاجر او من ورثته. فاذا حصل البيع من التاجر، اعتبر عملا تجاريا ، على اعتبار انه آخر عمل يقوم به التاجر متعلقا بتجارته . اما اذا حصل البيع من الورثة فانه لا يعتبر عملا تجاريا بل عملا مدنيا، لأن الورثة ليسوا تجارا. والعبرة هنا في اعتبار العمل تجاريا بتبعيته لشؤون التجارة ، اذ لا يعدو البيع ان يكون في هذه الحالة الا من اعمال تصفية التركة.

اما فيما يخص شراء المحل التجاري، فقد ذهب راي اول الى ان شراء المحل التجاري يعتبر عملا تجاريا ، لأنه اول عمل يقوم به الشخص متعلقا بشؤون التجارة التي يزعم القيام بها(1).

في حين ذهب راي آخر الى ان شراء المحل التجاري يعتبر عملا مدنيا ، لأن المشتري لم يكتسب صفة التاجر بعد ، ولا يثبت له هذا الوصف الا اذا مارس العمل التجاري على وجه الإحتراف.

اما اذا كان المشتري تاجرا من الأصل وقصد من شراء المحل التجاري خدمة اغراض تجارته ، فان الشراء يعتبر عملا تجاريا في هذه الحالة (2) .

الا ان الأستاذ RIPERT يرى بان بيع او شراء المحل التجاري ،يعتبر عملا تجاريا بطبيعته بالنظر الى موضوع العقد.غير ان المشرع الجزائري يرى بان بيع المحل التجاري يعد من الأعمال التجارية بحسب الشكل.

د ـ عقد العمل.

عقد العمل هو العقد الذي يتعهد فيه احد المتعاقدين بان يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت ادارته او اشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وقد قام خلاف في الفقه ازاء تجارية عقد العمل التي يبرمها التاجر مع عماله ومستخدميه . فذهب راي الى ان هذه العقود تعتبر عملا مدنيا بالنسبة للطرفين. التاجر والعامل ، على اعتبار ان عقد العمل يخضع لأحكام خاصة تخرج عن دائرة القانون التجاري . غير ان ذلك لم يسد في الفقه. ويذهب الراي الراجح الى ان نظرية التبعية تسري على عقد العمل ، كما تسري على غيره من العقود، بحيث يعتبر هذا العقد عملا تجاريا بالتبعية بالنسبة للتاجر. في حين انه يعتبر عملا مدنيا بالنسبة للعامل الذي يقدم نشاطه لرب العمل في مقابل الحصول على الأجر(3) .

---

(1) انظر :
د / علي حسن يونس ، المرجع السابق ، ص . 155 ، 156 .

(2) انظر:
د / علي حسن يونس ، المرجع السابق ، ص . 156 .

(3) انظر :
د / علي حسن يونس ، المرجع السابق ، ص . 157 .

2 ــ تطبيقات النظرية في مجال الأعمال غير التعاقدية.

إن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية لم تقتصر على الإلتزامات التعاقدية فحسب، بل تشمل أيضا الإلتزامات غير التعاقدية أي الإلتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية. وسواء كانت هذه الأعمال من قبيل الأخطاء العمدية او غير العمدية .
وهذا إستنادا إلى عموم نص المادة 4 فقرة 2 من التقنين التجاري الجزائري السالفة الذكر وتقابلها (المادة 2 فقرة 9 من التقنين التجاري المصري) التي تعتبر عملا تجاريا جميع العقود والتعهدات . اذ يقصد من التعهدات الإلتزامات وهي كما تنشا عن العقد تنشأ من الفعل الضار. كذلك تعتبر الأفعال غير المشروعة التي تحصل من التاجرو تتصل بمباشرة التجارة .

أ ـ الإلتزامات الناشئة عن المسئوولية التقصيرية.
ومن ثم يعتبر تجاريا بالتبعية إلتزام التاجر بالتعويض عن العمل الغير مشروع الذي يقع منه بمناسبة نشاطه التجاري ، سواء في ذلك المسؤولية عن أعمال شخصية أو أعمال الغير أو فعل الحيوانات أو ناشئة عن الأشياء ، وسواء كانت الأضرار مادية أو بدنية أو أدبية (1).
وتطبيقا لذلك يعد عملا تجاريا بالتبعية ، الإلتزام الناشيء عن مسؤولية التاجر من جراء المنافسة غير المشروعة التي تصدر منه لترويج أعماله، كتقليد علامة تجارية مملوكة لتاجرآخر أو إغتصاب إسم تجاري يخص تاجرا آخر أيضا . كما يطبق نفس المبدأ أيضا بخصوص مسؤولية التاجر عن الأضرار التي تقع بفعل مستخدميه أو خطئهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها، وكذلك الأمر بسبب المسؤولية عن الأفعال الضارة الناشئة عن الأشياء التي يستخدمها في تجارته . فيعتبر عملا تجاريا بالتبعية إلتزام التاجر بالتعويض عن الأضرار التي تحدثها سيارته المعدة لتسليم البضائع إلى العملاء وعن إصابات العمل التي تلحق عماله أثناء تأديتهم لعملهم(2) .
ومع ذلك يرى البعض ، ان التزام التاجر بالتعويض لا يعتبر عملا تجاريا بالتبعية،اذا كانت الأخطاء او الأفعال الضارة التي يسال عنها التاجر ، والتي وقعت بسبب ممارسة المهنة التجارية ، يمكن ان يرتكبها غير التاجر ، كما هو الحال بالنسبة لحوادث السيارات ، على اعتباران الأمر في هذه الأحوال لا يستوجب سريان احكام القانون التجاري التي تتميز بدعم الإئتمان وحماية الثقة(3) .

---

(1) انظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 80 .
(2) انظر :
د / نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص . 102 .
(3) لنظر :
د / علي حسن يونس ، المرجع السابق ، ص . 157 .

3 ـ تطبيق نظرية التبعية على شبه العقد.

يعتبر شبه العقد عمل اختياري مشروع ، ينشأ عنه التزام نحو الغير . وقد ينشأ عنه ايضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير، المادة 150 من التقنين المدني الجزائري . وتقابلها (1371 مدني فرنسي)
كما هو الحال في الفضالة ودفع ما لا يستحق والإثراء بلا سبب على حساب الغير.

فاذا قام الفضولي بعمل نافع لحساب التاجر ، كما اذا دفع بالواسطة سفتجة مسحوبة عليه ، فان التزام التاجر برد قيمة السفتجة للفضولي ، يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، واذا دفع شخص للتاجر خطأ مبلغا اكبر مما يستحقه ، فان التزام التاجر برد القدر غير المستحق ، يكون التزاما تجاريا بالتبعية.
ومع ذلك فان القضاء في فرنسا ، لا يعتبر التزام التاجر بدفع الضريبة عن الأرباح التجارية من قبيل الإلتزامات التجارية . خلافا لإلتزامات التاجر بدفع حصة التامينات الإجتماعية التي تقرر لها الصفة التجارية .

ومجمل القول تعتبرنظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، هي الطريق الوحيد لخلع الصفة التجارية على الأعمال الضارة والأعمال النافعة .

ثالثا : الأعمال التجارية بحسب الشكل.

نجد بأن المشرع الجزائري أصبغ الصفة التجارية ليس فقط على الأعمال التجارية بحسب موضوعها كما سبق وان تقدم ، بل أصبغ الصفة التجارية أيضا على بعض الأعمال الأخرى التي يرى وجوب إخضاعها لشكل معين . وبهذا يكون القانون الجزائري أخذ بالمعيارين الموضوعي والشكلي ، وفيما يلي بيان الأعمال التي اعتبرها القانون تجارية بحسب الشكل ، وهي الشركات التجارية (1)التعامل بالسفتحة (2) وكالات ومكاتب الأعمال (3) العمليات التي تتعلق بالمحلات التجارية (4) .

1 ـ الشـــركات التـــــــجاريــــــة.

تعتبر شركات تجارية بحسب شكلها ، كل الشركات التي تتخذ من الأشكال المنصوص عليها في المادة 544 فقرة 2 تجاري .
وهذه الأشكال التي وردت في القانون ، قد وردت على سبيل الحصر. فإذا إتخذت شركة شكلا غير الأشكال المنصوص عليها قانونا ، أعتبرت شركة باطلة.
ووفقا لذلك يكون للأفراد الحرية الكاملة في إختيار الشكل الذي يلائمهم ، غير أنه لا يمكن إختيار أكثرمن شكل واحد. وبصدور المرسوم التشريعي رقم 93 - 08 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أفريل 1993 ، أدخل المشرع

الجزائري نوعا آخر من الشركات التجارية والتي لم يتعرض لها قانون 1975 . ومن بين هذه الشركات ، شركة التوصية البسيطة ، وشركة التوصية بالأسهم ، وشركة المحاصة . ويعود هذا التعديل إلى تحول النظرة نحو السياسة الإقتصادية ، فبعد أن كان النظام الإقتصادي يقوم على دعائم الإشتراكية ، انفتح على إقتصاد السوق، وفتح المجال لاستثمار الأموال الوطنية والأجنبية على حد سواء قصد النهوض بالإقتصاد الوطني .

وترتيبا لذلك تنقسم الشركات التجارية بدورها إلى قسمين . شركات أشخاص وشركات أموال ، وتشمل شركات الأشخاص [شركات التضامن - وشركات التوصية البسيطة - شركات المحاصة.

أما بالنسبة لشركات الأموال فهي تشمل[شركات المسؤولية المحدودة - شركات المساهمة - وشركات التوصية بالأسهم] .

وأضاف المشرع الجزائري نوعا آخر من الشركات ، وهي شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة ، والتي تقوم على فكرة الرجل الواحد.

2 - السـفتجة.

تعتبر السفتجة من الأعمال التجارية بحسب الشكل مهما كانت طبيعة الشخص الذي يقوم بها(1). وحسب المفهوم الكلاسيكي ، تعتبر السفتجة ورقة تجارية والتي بواسطتها يعطي شخص إسمه الساحب - الأمر إلى مدينه - المسحوب عليه - للوفاء بمبلغ معين من المال في تاريخ محدد لشخص ثالث يسمى المستفيد أو الحامل. وطبقا لذلك ، كل الموقعين على هذه الورقة (السفتجة) سواء تعلق الأمر بالساحب الذي أصدرها ، أو المسحوب عليه الذي قبلها، أو لضامن إحتياطي الذي يضمن الوفاء لحاملها والذي يظهر إلى مستفيد آخر ، يقومون بعمل تجاري.

ولقد جاء في القانون التجاري عاى ان السفتجة تحتوي على بيانات الزامية واخرى اختيارية . ولقد اوجبت المادة 390 تجاري جزائري من ذات القانون على البيانات اللا زمة التي تتصمنها السفتجة ، بحيث لا يمكننا التعرض لها ، لأننا خصصنا الكلام عنها بالتفصيل اثناء تناولنا للسفتجة في الفصل الثاني.

3 - الوكالات ومكاتب الأعمال.

تشمل وكالات الأعمال خدمات المكاتب والمحلات التجارية التي تقدمها للجمهور وتتمثل هذه الخدمات بتحصيل الديون لحساب الغير،والوساطة في الزواج، وإدارة الأملاك وإستصدار الرخص ، والسياحة ، إلى غير ذلك من الخدمات . ولقد أخضع المشرع أعمال هذه الوكالات لقواعد القانون التجاري ، لاسيما مسك الدفاتر التجارية والحكم بشهر إفلاسها مراعيا في ذلك حماية الجمهور الذي يتعامل معها(2) .

---

(1) انظر :
المادة 389 من القانون التجاري الجزائري .

(2) انظر :
MICHEL PEDAMON . droit commercial et fonds de commerce . dalloz . 1994 . p . 128 .

وبالنظر الى طبيعة هذه الأعمال ، نجد انها عبارة عن بيع للخدمات او الجهود التي يبذلها اصحاب المكاتب بقصد تحقيق الربح من وراء ذلك . كماااننا نرى بان الصفة التجارية تلاحق هذه الوكالات والمكاتب ، وذلك بسبب الشكل او التنظيم الذي تباشر به اعمالها، ولو ان الخدمات التي تقدمها للجمهور تعد خدمات مدنية ، كالوساطة في الزواج والسياحة ، لكن مادام تم مباشرتها على سبيل الإحتراف ، وبقصد تحقيق الربح ، فانها تعتبراعمالا تجارية .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه التجاري ، إستبعد المهن الحرة من مفهوم هذه الوكالات ومكاتب الأشغال، لما تمثله من إستثمار لملكات فكرية تستند إلى علم وفن ودراسة دقيقة . وكونها كذلك تخضع لنظام خاص بها، كما أن العرف جرى على إعتبار المهن الحرة غير تجارية (1) .

والملاحظ أن المشرع المصري لم يتعرض للأعمال التجارية بحسب الشكل، وأعتبرالأعمال التجارية السالفة الذكر من قبيل الأعمال التجارية بطبيعتها.

5 ـ العمـــليات المتعلقة بالمحلات التجاريـــة.

تعد الأعمال التجارية المتعلقة بالمحلات التجارية أعمالا تجارية بحسب الشكل ، بمعنى انها لا تعد تجارية باصلها ، ولا اعمالا تجارية ذاتية ، وذلك لأن المشرع اضفى عليها الصفة التجارية ولو لم تصدر من تاجر.

والمقصود بالمحلات التجارية ، مجموعة الأموال المادية والمعنوية التي يعتمد عليها التاجر في ممارسة حرفته ، وتشتمل على المعدات واثاث المحل والآلات والسيارات والشهرة والإسم التجاري. الخ...

ولقد اختلف الفقهاء حول تجارية او بيع المحل التجاري او احدعناصره، وكان الخلاف يدور حول صفة المشتري او البائع.

فاذا كان المشتري تاجرا محترفا واشترى محلا آخر ، كان العمل بالنسبة له تجاريا ، اما اذا كان المشتري غير تاجر في الأصل الا انه ينوي الإشتغال بالتجارة ، فقال راي الى ان العمل يعد تجاريا بالنسبة اليه بحجة انه اول عمل يقوم به يتعلق بشؤون التجارة، في حين ذهب راي آخر الى ان العمل يعتبر بالنسبة اليه مدنيا ، لأن المشتري لم يكتسب صفة التاجر بعد.

وقد نص المشرع الجزائري على تجارية العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية، بنص صريح و، حسم الخلاف الفقهي الذي يثور حول تجارية بيع او شراء المحل التجاري او احد عناصره . وذلك طبقا لأحكام الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون التجاري.

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 147 ، 175 .

ومجمل القول وترتيبا لأحكام القانون التجاري الجزائري ، يعتبر كل تصرف يتعلق بالمحلات التجارية ، عملا تجاريا ، سواء كان ذلك بيعا او شراء للمحل التجاري بكامل عناصره المادية والمعنوية ، او اذا انصب التصرف على احد عناصر المحل المادية ، كالبضائع او الأدوات ، او انصب على احد العناصر المعنوية ، كبيع الأسم التجاري او رهن العلامة التجارية او براءة الإختراع ، وسواء كان المتصرف او المتصرف اليه ، تاجرا او غير تاجر .

رابعا : الأعمال المختلطة . Les actes mixtes.

تعتبر الأعمال المختلطة فئة مستقلة عن الأعمال التجارية الآنفة الذكر . ويطلق عليها الأعمال المختلطة لكونها تتصف بالتجارية بالنسبة لأحد أطراف التصرف سواء كان العمل بسبب الموضوع أو بالتبعية ، بينما تتصف بالمدنية بالنسبة للطرف الثاني .

كما أنها سميت كذلك لأنه يتم بشأنها تطبيق قواعد القانون التجاري على الطرف الذي يعد العمل تجاريا بالنسبة إليه ، وتطبيق القانون المدني على الطرف الذي يعد العمل مدنيا بالنسبة إليه. كما هو الحال في شراء التاجر محصولا من مزارع بقصد إعادة بيعه.

غير أن الفقه إنتقد إصطلاح الأعمال المختلطة ، على إعتبارها تشكل طائفة من الأعمال التجارية بذاتها إلى جانب الأعمال التجارية الأخرى. في حين أن هذا غير صحيح ، لأن العمل إما أن يكون مدنيا أو تجاريا فحسب. وبالتالي تعتبر الأعمال المختلطة ، نوعا من الأعمال التجارية التي تضاف الى الأعمال الأخرى . وفيما يلي سنعرض ماهية الأعمال التجارية المختلطة(أولا) ونسبيتها (ثانيا) وأخيرا الآثار المترتية عليها (ثالثا) .

1: ماهية الأعمال المختلطة .

تعتبر الأعمال المختلطة نتاج إزدواج النظام القانوني المطبق على المعاملات بوجه عام ، والذي يتمثل في وجود القانون التجاري كمجموعة قواعد قانونية مستقلة تحكم فئة معينة من المعاملات ، ووجود القانون المدني كمجموعة قواعد عامة تسري على المعاملات بوحه عام.

ويترتب على ذلك أن العمل الواحد بوصفه علاقة مبادلة بين شخصين تزدوج صفته بالنظر إلى كل شخص منهما ، ويعني ذلك أن للعمل مفهوما نسبيا إذ قد يعد العمل تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه دون أن يكون كذلك بالنسبة للطرف الآخر(2).

---

(1) انظر :
د / نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999 ، ص . 115

(2) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 106 .

2: نسبية الأعمال المختلطة.

عندما يزاول شخصين نشاطين أحدهما يخضع لأحكام القانون التجاري بينما يخضع الآخر لأحكام القانون المدني ، عند ئذ نكون بصدد عملا مختلطا . ومثال ذلك كأن يقوم احد الأشخاص بشراء المنتجات الزراعية من أحد المزارعين لأجل بيعها ، ففي مثل هذه الحالة يعتبر عقد البيع عبارة عن تسويق المزارع لمنتجانه الزراعية، وهو نشاط خاضع لأحكام القانون المدني ، كما يعبر عن مزاولة المشتري لنشاط تجاري ، إذ يعتبر الشراء لأجل البيع عملا تجاريا.
ويترتب على ذلك أن العمل الواحد تزدوج صفته على ضوء مدى تعلقه بنشاط كل طرف على حده. فهو تعبير عن نشاط مدني بالنسية إلى البائع بينما هو تعبير عن نشاط تجاري بالنسبة للمشتري .

ويلاحظ في هذا الخصوص أنه يمكن أن يكون للعمل الواحد طبيعتان، بينما قد تكون له صفتان بالنظر إلى تعلقه بنشاط أي من طرفيه. وهذا ما يؤكد عدم صحة الإصطلاح الفقهي ((الأعمال التجارية بطبيعتها)) مما يوحي أن هناك من الأعمال ما يعد تجاريا على ضوء طبيعته في حين أن العمل الواحد ، أي من طبيعة واحدة ، قد يعد نجاريا بالنسبة إلى أحد أطرافه وقد يكون مدنيا بالنسبة إلى الطرف الآخر. على أن التعبير عن العمل المختلط من إزدواج صفته بالنظر إلى طرفيه بغض النظر عن أساس تجارية العمل. إذن يكفي كون العمل تجاريا بالنسبة إلى أحد الطرفين سواء كان العمل تجاريا بطبيعته أو بالتبعية ، في حين يكون مدنيا بالنسبة للطرف الآخر(1).

3: الآثـــار المترتبة عن الأعمال المختلطة .

لا يمكن إخضاع العمل المختلط لنظام قانوني موحد تجاريا كان أو مدنيا ، لأنه في تغليب أحد النظامين على الآخر إهدارا لقوته الملزمة. لذا يقتضي المنطق الأخذ بنظام مزدوج ، مقتضاه تطبيق أحكام القانون التجاري على الطرف الذي يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه ، و تطبيق أحكام القانون المدني على الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه مدنيا . ويتجلى ذلك في المسائل التالية ، الإختصاص (1) الإثبات(2) . وفيما يلي نتناول كل مسالة على حدى.

---

(1) انظر :

د / هاتي محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 104

أ ـ الإختصـــــاص .

طبقا للقاعدة العامة يرجع الإختصاص إلى محكمة المدعى عليه، وذلك إستنادا إلى القاعدة التي تقضي بأن الدين مطلوب وليس محمولا. وترتيبا لذلك فإن الإختصاص في الأعمال التجارية المختلطة يرجع للمحكمة المدنية أو التجارية بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه. فإذا كان العمل مدنيا ، فما على المدعي إلا اللجوء إلى المحكمة المدنية باعتبارها محكمة المدعى عليه(1).
أما إذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ، فما على المدعى إلا أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية، وإن كان القضاء أجاز له (للطرف المدني) الحق في رفع دعواه أمام المحكمة المدنية . ومؤدى ذلك أن القضاء التجاري قضاء إستثنائي وغير مألوف للطرف المدني . ويقصد بذلك نجنب الطرف المدني الوقوف أمام قضاء غير مألوف بالنسبة له.
إذن وطبقا لذلك يحق للطرف المدني أن يقيم دعواه أمام المحكمة التجارية أو المدنية على أن هذا الخيار لا يتعلق بالنظام العام(2). حينئذ يجوز للمزارع الذي باع محصوله لتاجر أن يرفع دعواه على التاجر أمام المحكمة المدنية أو التجارية. أما التاجر فلا يجوز له أن يرفع دعواه على المزارع إلا أمام المحكمة المدنية(3).

ب ـ الإ ثبـــــــــــات.

من المسلم به أنه يجب إتباع قواعد الإثبات المدنية في مواجهة الطرف الذي يعد العمل مدنيا بالنسبة إليه. وبالمقابل يجب تطبيق قواعد الإثبات التجارية في مواجهة الطرف الذي يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه(4) .
فإذا إدعى التاجر أنه لم يتسلم المحصول من المزارع أو أنه دفع الثمن، وجب عليه الإلتزام بقواعد الإثبات المدنية، أي يتعين عليه الإثبات بالكتابة لأن العمل مدنيا بالنسبة للمزارع . أما إذا ادعى المزارع أنه سلم المحصول أو أنه لم يقبض الثمن، كان عليه أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن لأن العمل تجاريا بالنسبة للتاجر(5) .

---

(1) انظر : د / نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص . 111

(2) انظر : د / مصطفى كما طه / المرجع السابق ، ص . 82

(3) انظر : د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 83

(4) انظر : د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 106

(5) انظر : د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 83

ومن المعلوم أن الإثبات في المسائل التجارية حر من كل قيد سواء في ذلك رفع المزارع دعواه أمام المحكمة المدنية أو المحكمة التجارية .
إلا أنه في بعض الأحوال يثور التساؤل حول الفصل بين الجانبين ، المدني والتجاري للعمل المختلط بحيث نطبق القواعد المدنية على الشق المدني من العمل ، وتطبق القواعد التجارية على الجانب التجاري منه. ويكون ذلك في الرهن الحيازي ونظام الفوائد.
ففيما يتعلق بالرهن الحيازي ، فإنه يتقرر لضمان دين معين ويعتبر الرهن تجاريا إذا كان الدين المضمون تجاريا ، بينما يعتبر مدنيا إذا كان الدين المضمون مدنيا ومع ذلك لا يمكن إلا تطبيق قواعد واحدة فيما يتعلق بإثبات الرهن وتنفيذه ، بينما تختلف هذه القواعد في كل من القانون التجاري والقانون المدني ، مما يتعين معه الإنحياز إلى قواعد أحد القانونين لتطبيقها على الرهن(1) .
وهذا هو الحال أيضا في نظام الفوائد الذي يختلف بحسب ما إذا كان الدين مدنيا أو تجاريا.

حيث إستقر الفقه والقضاء إلى النظر إلى صفة العمل بالنسبة للمدين . بحيث تتحدد صفة الرهن أ ونظام الفوائد الواجب التطبيق. فإذا كان المدين يقوم بعمل تجاري ، فإن الرهن الذي يعقده ضمانا للدين تحكمة قواعد القانون التجاري ، كما يجب تطبيق نظام الفوائد المقررة للديون التجارية ، أما إذا كان الدين مدنيا بالنسبة إلى المدين تطبق قواعد الرهن المدنية كما يجب تطبيق نظام الفائدة المقرر للديون المدنية.

كما يمكن تفسير ذلك بأن مزاولة النشاط الإقتصادي يتم في إطار نظام اقتصادي محدد هو نظام المبادلة النقدية المعممة، حيث يتمثل دور النقود كوسيط في التبادل ويكون السعي إليها هو الهدف المباشر من مزاولة النشاط الإقتصادي تحقيقا للربح النقدي .
ويترتب على ذلك أنه يفترض في جانب الدائن بمبلغ من النقود أنه القائم بالنشاط في حين يكون المدين متلقيا للسلعة أو الخدمة.

---

(1) انظر :

د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 106

الفرع الثاني:

النظام القانوني للأعمال التجارية.

حرص المشرع على سن أحكام عامة للعقود التجارية فضلا عن وجود بعض القواعد الموجودة في أحكام القانون المدني ، حيث يتضمن قواعد خاصة بالأعمال التجارية. ومجمل هذه الأحكام يشكل النظام القانوني للأعمال التجارية بوجه عام ، أي أن جميع الأعمال التجارية مهما تنوعت تخضع لها.
ويلاحظ أن العديد من هذه الأحكام كان يجد مصدره في العرف التجاري ، قبل أن تتحول الى أحكام تشريعية بفعل تدخل المشرع بتقنينها . وإزاء الإزدواج القانوني في حكم المعاملات بين القانون المدني والقانون التجاري ، وضعت أحكام خاصة بالأعمال التجارية تميزها عن تلك التي يعمل بها في المواد المدنية.
وتبعا لذلك يمكن تقسيم القواعد المتضمنة أحكام النظام القانوني للأعمال التجارية الى ثلاثة أقسام : يتعلق القسم الأول بقواعد الإختصاص القضائي(أولا) والثاني بقواعد الإثبات(ثانيا) أما القسم الثالث فهو يخص القواعد العامة المتعلقة بالإلتزامات التجارية (ثالثا) .

أولا : قواعد الإختصاص القضائي.

هناك نوعين من الإختصاص القضائي : الإختصاص النوعي (1) والإختصاص المحلي (2) .

1 ـ الإختصاص النوعي.

كما نعلم أنه لا توجد في الجزائر محاكم تجارية خلافا لما هو موجود في فرنسا لأن الجزائر تاخذ بمبدأ وحدة القضاء بدلا من التخصيص. حيث توجد دوائريخصص فيها الفصل في المنازعات التجارية داخل المحاكم والمجالس القضائية، ولا تعتبر هذه الدوائر محاكم تجارية مستقلة وإنما هي من قبيل تقسيم العمل داخل المحاكم أو تنظيم داخلي لها. وتفصل هذه المحاكم في جميع القضايا المدنية والتجارية او دعاوى الشركات التي تختص بها محليا.
ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الدفع بعدم الإختصاص إذا عرض نزاع تجاري على دائرة مدنية .

2 ـ الإختصاص المحلي.

طبقا للمادة 8 من قانون الإجراءات المدنية ، يرجع الإختصاص الى محكمة المدعى عليه إذ يلاحظ في هذا الصدد أن المكان الذي يباشر فيه الشخص نشاطه التجاري ، يعتبر موطنا تجاريا بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذا النشاط .

وبالتالي يجوز رفع الدعوى على التاجر إما في موطنه الأصلي وإما في موطنه التجاري.
وإذا كان المدعى عليه يباشر التجارة في فروع متعددة ، جاز للمدعى عليه رفع الدعوى الى المحكمة التي يقع بدائرتها الفرع الذي يوجد به النزاع .
كما يكون للمدعى عليه حق الخيار في رفع دعواه أمام المحكمة التي تم الإتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها. كأن يتم في دائرتها إبرام عقد بيع وتسليم كل أو بعض البضاعة أو دفع كل أو بعض الثمن. ولكي ينعقد الإختصاص لهذه المحكمة يشترط أن يكون الإتفاق والتنفيذ الكلي أو الجزئي قد تم فعلا في دائرتها، اذ لا يجوز فصل أحدهما عن الآخر.
ويلاحظ أنه يحرم المدعى من حق الخيار إذا تعلق الأمر بالمنازعات التجارية الناشئة عن الإلتزامات غير التعاقدية، إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة ورفع النزاع الى محكمة المدعى عليه (1) . وفضلا عن ذلك يجوز أيضا للمدعي أن يرفع دعواه أمام المحكمة التي يتم الإتفاق على تنفيذ الإلتزام بدائرتها ، كأن يتفق المتعاقدان على أن يتم تسليم البضاعة في مكان معين (2) .

ثا نيا: قـــواعد الإثبـــــات .

المبدأ العام في المواد المدنية ، هو انه لايجوز الإثبات بالبينة اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن (100 000) مائة الف دج او كان غير محدد القيمة(المادة 333) من القانون المدني (1) .

كما لايجوز اثبات عكس الكتابة الا بالكتابة. ولا يجوز الإحتجاج بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين الا اذا كانت ثابتة التاريخ ثبوتا رسميا.

اما في المسائل التجارية فلا محل لسريان هذه القواعد . فالإثبات حر طليق من القيود كالبينة والقرائن مهما بلغت قيمة النزاع ، كما يجوز الإحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على الغير ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ لأن في نظام الإثبات في المنازعات التجارية ، خروجا عن الأصل العام في قواعد الإثبات في المواد المدنية.

---

(1) انظر :
القانون رقم : 05 – 10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 ، يعدل ويتمم الأمر رقم : 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1396 الموافق 26 سبنمبر 1975 والمتصمن القانون المدني المعدل والمتمم ..

(2) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرع السابق ، ص . 111

(3) انظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 88

1 ـ مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

القاعدة العامة في المواد المدنية هي وجوب الإثبات بالكتابة في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن (100 000) مائة الف دج أو غير محدد القيمة المادة 333 من التقنين المدني الجزائري و(تقابلها المادة 60 من قانون الإثبات رقم 25 اسنة 1968). ويتعين اللجوء إلى الكتابة،بخلاف الحال في المسائل التجارية فيجوز اللجوء الى كافة طرق الإثبات أيا كانت قيمة النزاع. ومن ثم فعلى الطرف المدني أن يثبت دينه في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات ، بينما يلتزم التاجر في إثبات حقه قبل الطرف المدني بالقواعد العامة للإثبات في المواد المدنية (1).

هذا القيد غير موجود في المسائل التجارية إذ يحكمها مبدأ الإثبات بكافة الطرق . ومن ثم يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات حتى ولو زادت قيمتها عن(000 100) مائة ألف دينا جزائري.

والسبب في حرية الإثبات في المواد التجارية ، يرجع إلى ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة وما يستلزمه من البساطة وما يستغرق من وقت قصير في تنفيذه(2) . ولا يقف الأمر عند إطلاق الحرية في الإثبات بل أنه يمكن إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي بشهادة الشهود والقرائن وكافة طرق الإثبات ، ذلك خلافا لماهو مقرر في المواد المدنية ، على أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على(000 100) مائة ألف دينار ج فيما يخالف ما اشتمل عليه عقد رسمي (الماة 334 من التقنين المدني الجزائري) ، يضاف الى ذلك الى أن المحررات العرفية في المعاملات التجارية لها قوة وحجية حتى ولم تكن ثابتة التاريخ ، هذا خلافا لما هو متبع في المواد المدنية ، من أن المحررات العرفية لا يحتج بها على الغير إلا منذ ثبوت تاريخها (3).

ويراعى أن العبرة في الإثبات إنما بطبيعة النزاع لا بنوع المحكمة ، فإذا رفع نزاع تجاري الى محكمة مدنية وجب إتباع قواعد الإثبات في المواد التجارية. أما إذا رفع نزاع مدني أمام محكمة تجارية ، وجب إتباع قواعد الإثبات في المواد المدنية(4).

---

(1) انظر :

د / عبد الحميد الشواربي ، القانون التجاري ، الأعمال التجارية والتاجر ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1999 ص . 209 .

(2) انظر :

د / عبد الرافع موسى ، القانون التجاري الأعمال التجارية والتاجر ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، دون سنة نشر .، ص . 121

(2) انظر :

د / رضا عبيد ، القانون التجاري ، الطبعة الخامسة ، 1984 ، ص . 15

(4) انظر :

د / مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ـ الأعمال التجارية والتجارـ الشركات التجارية ـ الملكية التجارية والصناعية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1984 ، ص . 90

2 ـــ الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية الإثبات.

يستندالإثبات في المواد التجارية الى صعوبة إعداد دليل كتابي في كل مرة يقدم فيها التاجر على إبرام تصرف قانوني . ذلك أن إبرام العقود يتلاحق بكثرة في الحياة التجارية إذ يتطلب تنفيذها السرعة وعدم التباطؤ مما لا يحتمل معه إفراغ كل تصرف قانوني في قالب كتابي . غير أن هناك من العقود المهمة في الحياة التجارية ما يتطلب إبرامها وتنفيذها وقتا طويلا وتفكيرا كثيرا بالنسبة للمتعاقدين ، عند الإقدام على إبرامها ، نظرا لما تنطوي عليه من خطورة على مصالحهم.

وتبعا لذلك تجد بان المشرع يشترط إفراغها في قالب كتابي . وهذه الشكلية المفروضة بسيطة وفي نفس الوقت لا زمة للعمل التجاري إذ يحرص التجار على مراعاتها من تلقاء أنفسهم دفعا للشك. إذ لا يخفى خطر الإعتماد على البينة في الإثبات ، فكثيرا ما تموت ذمم الشهود وكثيرا ما تمحى من أذهانهم تفاصيل العقود بالنسيان إذا كثرت هذه التفاصيل أو طال عليها الأجل ، مما يتحتم على التاجر أن لايترك عقوده الكثيرة تحت رحمة الشهود. كما أن هذه الشكلية المفروضة في العمل التجاري وجدت بسبب ما تمليه عناصر الإئتمان ، وهذا ما نجده الآن في الأوراق التجارية التي لا يمكن أن تقوم قانونا إلا إذا صدرت في صك يتضمن بيانات معينة . ولم يتوقف دور المشرع عند هذا الحد بل ذهب أبعد حد من ذلك ، فاشترط الشكلية الرسمية في بعض العقود التجارية مثل عقد الشركة وعقد بيع المحل التجاري والتنازل عن حصص في الشركة، وزيادة وتخفيض راسمال الشركة، والتي يجب مراعاتها لأنها لازمة لحماية المعاملات التجارية بوجه عام (1).

وهكذا يبدو واضحا خروج المشرع التجاري عن المبدأ العام في العقود التجارية ـ الرضائية ـــ وما يتجلى فيها من سهولة في التعامل وحرية في الإثبات منتهجا مبدأ آخر غريب عن الحياة التجارية ألا وهو مبدأ ـــ الشكلية ـــ والذي يوفر الحماية اللازمة للتاجر الذي هو بحاجة إليها أكثر من غير التاجر .

---

(1) انظر :

د / علي البارودي ـ د / محمد فريد العريني ـ القانون التجاري ـ العقود التجارية ـ عمليات البنوك ـ الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 – 2000 ، ص . 18 .

ثالـــثا : الأحكام العامـــة المتعلقة بالإلتزامات التجـــــارية.

ونحن بصدد الأعمال التجارية نتناول القواعد التي تخضع لها الإلتزامات التجارية بوجه عام والتي تميزها عن الإلتزامات المدنية .

ويرجع الفقه التجاري هذه القواعد الخاصة بالإلتزامات التجارية إلى ما تتسم به الحياة التجارية من سرعة في إبرام العقود وتنفيذها وإنتشار التعامل بالأجل ومنح الإئتمان ، فتأتي بعض الأحكام الخاصة بالإلتزامات التجارية لتوفير هذه السرعة ، كما يأتي بعضها الآخر لدعم الثقة والإئتمان التجاريين.
وكما سبقت الإشارة اليه فإن السرعة والإئتمان من الظواهر الجوهرية في الحياة التجارية التي قد تبرر وجود بعض القواعد الخاصة بالأنشطة التي يحكمها القانون التجاري .

ويمكن تقسيم الأحكام المتعلقة بالإلتزامات التجارية ، الى قواعد خاصة بتنفيذ الإلتزامات (1) والى قواعد خاصة بالحماية القضائية (2).

1 ــ القواعد الخاصة بتنفيذ الإلتزامات التجاريـــة.

تشمل هذه القواعد الأحكام المتعلقة بالتضامن (أ) ونظام الفوائد (ب) وتنفيذ الرهن التجاري (ج) .

أ ــ التضـــــــامــن.

طبقا للقواعد العامة في القانون المدني ، أنه لا يمكن فرض التضامن سواء كان التضامن سلبيا بين المدينين أو كان ايجابيا أي بين الدائنين .
ويترتب على ذلك أن يكون التضامن إما بنص وإما بناء على إتفاق . المادة 217 من التقنين المدني الجزائري (وتقابلها المادة 289 مدني مصري من القانون رقم 35 لسنة 1951).
إلا أنه في المسائل التجارية ، فالتضامن مفترض بمقتضى العرف التجاري بين المدينين عند تعددهم أو بين الدائنين دون حاجة الى نص في القانون او اتفاق صريح.
إلا أن الرأي الراجح يقول بالمساواة بين المسائل المدنية والتجارية ، فلا يتقرر في الحالتين إلا بنصوص صريحة في العقد أو في القانون. هذا وقد أقام القانون التجاري التضامن بنصوص صريحة في مواضع أهمها:

ـ الشركاء في شركة التضامن مسؤولون على وجه التضامن عن ديون الشركة. (1)
ـ الموقعون على الورقة التجارية كالساحب والمسحوب عليه والمظهر والقابل بالوساطة، مسؤولون بالتضامن عن أداء قيمة الورقة (2) .

ب ـ الفــــوائـــــد.

الفائدة القانونية هي تلك التي تستحق في حالة تأخر المدين عن الوفاء بدينه دون أن يحصل اتفاق منه على استحقاقها أو لم يتم اتفاق على سعرها. وهكذا يختلف سعر الفائدة القانونية ــ وهي التي تستحق دون اتفاق عليها في حالة تأخر المدين عن الوفاء بإلتزامه في موعده ـ بحسب ما اذا كان الدين مدنيا أم تجاريا. إذ يحدد سعر الفوائد في المسائل المدنية ب 4 % . بينما يقدر في المسائل التجارية ب 5% .
هذا ما تأخذ به لعض الدول مثل فرنسا ومصر (المادة 226 من القانون رقم 35 لسنة 1951 مصري) .
والسبب في ارتفاع سعر الفائدة القانونية في المواد التجارية عنه في المواد المدنية ، هو أن النقود التي تستثمر في التجارة تجلب ربحا أكبر مما لو استغلت في أعمال مدنية (3) .
كما ان الدائن بدين تجاري اكثر احتياجا الى استغلال النقود من الدائن بدين مدني . اذا كثيرا ما يكون الدائن الأول تاجرا ، ولذلك آثر المشرع ان يكون التعويض الذي يعطى له في حالة التاخر في الوفاء او في التعويض اكثر من الذي يعطى للدائن الثاني.
وفضلا عن ذلك فان الدين التجاري يستغل عادة في اعمال التجارة وهي غير مامونة العواقب ، مما يعرضه احيانا لخطر الضياع. اذن فلا باس من ان يكون ارتفاع الفائدة في الدين التجاري بمثابة مقاسة في المخاطر التي يتعرض لها الدائن.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فقد حرم تقاضي الفوائد بنص قانوني . (4)
واعتبرها بمثابة ربا ـ والربا محرم في حكم الشريعة الإسلامية باعتبار أن الجزائر تدين بالدين الإسلامي.

---

(1) أنظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 119
(2) انظر :
د / محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار نشر الثقافة بالإسكندرية ، . دون سنة نشر، ص . 127، 128 .
(3) انظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص ، 91
(4) انظر:
المادة ، 454 من التقنين المدني الجزائري. .

ج ـ تنفيذ الرهن التجاري.

يكون الرهن تجاريا متى كان ضامنا لدين تجاري . ويخضع تنفيذ الرهن التجاري لإجراءات بسيطة .

وترتيبا لذلك إذا مضت ثلاثة أيام ولم يقم المدين بالوفاء جاز للدائن أن يحصل على إذن من قاضي الأمور المستعجلة ببيع الشيء المرهون بطريق المزاد العلني .ويكون البيع في المحل والساعة اللذين يعينهما القاضي ، وله ان يامر بلصق اعلانات ودرجها في الجرائد اذا اقتضى الحال. (1) .
ذلك ان الرهن التجاري يرد على بضاعة تخضع عادة لتقلبات الأسعار ، وتكون عرضة للتلف ، مما يستدعي سرعة التنفيذ عليها إقتضاء لحق الدائن المرتهن (2) .
وبالمقابل يلزم في الرهن المدني رفع دعوى من اجل الحصول على حكم يخول للدائن توقيع الحجز على الأموال المرهونة وبيعها.

2 ـ الأحكام الخاصة بالحماية القضائـــية.

تشتمل هذه القواعد على الإعذار(أ) والمهلة القضائية (ب) و إعلان الإفلاس (ج) والنفاذ المعجل (د) واخيرا صفة التاجر(ه) بحيث تهدف كلها الى حماية الحقوق الشخصية أيا كانت طبيعتها.

أ ـ الإعــــــذا ر.

تقضي القواعد العامة أن الإخلال بالإلتزامات العقدية لا يثبت إلا بعد أن يقوم الدائن بإعذار المدين بضرورة تنفيذ إلتزاماته .
واعذار المدين يعني ان يقو م الدائن بتنبيه المدين بعد حلول اجل الدين بوجوب الوفاء به. وفي حالة تاخر المدين عن ذلك ، فانه يتحمل أي ضرر ينشا في المستقبل. والإعذار في القانون المدني يتم بواسطة ورقة رسمية تعلن الى المدين وذلك عن طريق أعوان القضاء ـ المحضرين .
أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف على أن الإعذار يتم بخطاب عادي أو ببرقية دون حاجة الى ورقة من الأوراق القضائية ، وذلك تحقيقا للسرعة الي تتسم بها الأعمال التجارية .

---

(1) انظر :
المادة 269 تجاري جزائري .
(2) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 121، 122 .

ب ـ المـــهلة القضـــائية.

إذا عجز المدين عن الوفاء بإلتزاماته في الميعاد المحدد، يمنحه القاضي مهلة للوفاء بدينه متى ثبت أنه حسن النية ، كما أنه ينظر إلي مصلحة الدائن فيما إذا ترتب على هذه المهلة الإضرار به. إذن فالأمر متروك للقاضي وظروف الحال (1).

ومن الملاحظ أن الهدف من إعطاء القاضي هذه المهلة، هو الأخذ بيد المدين وحمايته من تعسف الدائن ،هذا اذا كان المدين بدين مدني.(المادة 210 تجاري جزائري) وعلى عكس من ذلك نجد أنه في المواد التجارية ، يحرم على القضاء من إعطاء المهلة، للمدين بدين تجاري لدفع قيمة السفتجة مثلا .
ولقد استقر الأمر على أن هذا الحظر يشمل السندات الإذنية والشيكات في الأحوال التي تعتبر فيها تجارية.
ويرجع السبب في هذا القسوة الى طبيعة المعاملات الصرفية وما تستلزمه من سرعة في التنفيذ .
و مما يمكن إستنتاجه أن كثيرا من التشريعات لا تجيز للقاضي منح المدين مهلة للوفاء في الديون التجارية بوجه عام نظرا لطبيعة المعاملات التجاريةوما تقوم عليه من سرعة وثقة ، تحتم على التاجر ضرورة الوفاء بدينه في الميعاد المحدد.(2)

ج ـ إعــلان الإفـــلا س.

لا يجب الحكم على التاجر بالإفلاس إلا إذا توقف عن دفع ديونه التجارية . أما إذا توقف المدين العادي عن دفه دين مدني ، فانه يخضع لأحكام القانون المدني(المواد من 188 الى 202) التي لا تتصف بالشدة والصرامة التي تتسم بها احكام الإفلاس.
اذن فلا يجوز شهر إفلاسه ، ذلك لأن الإفلاس نظام تقويمي خاص بالتجار وضع لدعم الإئتمان التجاري . وقد أجاز القانون للدائن بدين مدني أن يطالب بشهر إفلاس التاجر إذا ثبت أن التاجر قد توقف عن دفع ديونه التجارية . فإذا صدر حكم بشهر إفلاس التاجر، ترفع يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها و تدخل جميع الدائنين في الإجراءات ، بحيث يتم تعيين وكيل يقوم بتصفية اموال المفلس وتوزيع الناتج منها بينهم ، كل بحسب قيمة دينه. (3) .

---

(1) انظر :
د / محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص . 124 125 .
(2) أنظر :
د / احمد محرز ، المرحع السابق ، ص . 52
(3) أنظر :
د / احمد محرز ، المرجع السابق ، ص . 53

أما الدائن العادي فإنه يخضع لأحكام القانون المدني(1) . و التي لا تتسم بالشدة والصرامة التي يعرف بها نظام الإفلاس ، فلا تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها وتصفيتها تصفية جماعية وتوزيع ثمنها على الدائنين.

د ـ النـفـــــاذ المعـــــــجل.

النفاذ المعجل يقتضي تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه ، بطرق الطعن العادية او رغم حصول الطعن فيه باحدى الطرق . والقاعدة العامة تقضي بان الأحكام لا تقبل التنفيذ الا اذا اصبحت نهائية ، أي حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، ولا يجوز النفاذ المعجل فيها الا في حالات استثائية. حيث اجاز المشرع تنفيذ الأحكام تنفيذا معجلا بالرغم من قابليتها للطعن فيها وذلك في حالات خاصة نص عليها المشرع على سبيل الحصر.

أما في المواد التجارية فقد جعل المشرع النفاذ المعجل واجب فيها بقوة القانون حتى ولم كانت قابلة الإستئناف او المعارضة ، أي يجوز تنفيذها قبل ان تصبح احكاما نهائية . ولقد قرر المشرع النفاذ المعجل للأحكام الصادرة في المواد التجارية ، لما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة في إقتضاء الحقوق (2) .

ه ـ صفة التاجر.

يعتبر التاجر هو الشخص الذي يقوم باحتراف الأعمال التجارية ويتخذها حرفة معتادة له. ذلك ما قضت به المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري .

ومتى اصبح الشخص تاجرا ، فانه يخضع لجميع الإلتزامات التي يخضع لها جميع التجار ، وهي الإلتزام بمسك الدفاتر التجارية ، والقيد في السجل التجاري ، كما يخضع لنظام الإفلاس الذي يطبق على جميع التجار دون اسثناء. (3)

---

(1) لنظر:
د / مضطفى كمال طه . المرجع السابق . ص . 92

(2) انظر :
د / نادية فضيل . القانون التجاري الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية . سنة 1999 . ص . 56

(2) انظر :
د / احمد محرز . المرجع السابق . ص . 54

الفرع الثالث:

الأسس المنهجية لتعريف الأعمال التجارية.

لوضع معيار منضبط للأعمال التجارية ، يتعين علينا اقامة ذلك على اسس منهجية ، يمكن معها التوصل الى صياغة تعريف العمل التجاري. وتتمثل هذه الأسس في حصر اشكالية العمل التجاري (أولا) وصياغة تعريفه (ثانيا).

أولا: اشكالية تعريف العمل التجاري .

تم التعرض فيما سبق على ان التعداد التشريعي للأعمال التجارية قد جاء على سبيل المثال ، بحيث انه من اللازم على الفقه ان يهتدي بهذا التعداد ، وذلك بوضع معيار منضبط للعمل التجاري ، غير ان الأمر لا يتعلق بوضع تعريف مانع جامع لمجموعة الأعمال التجارية التي اتى ذكرها في القانون ، لأن الإشكالية المطروحة تتمثل في اضافة اعمالا جديدة الى التعداد التشريعي للأعمال التجارية ، هذا من جهة ومن جهة اخرى لا يتحتم كما ذكرنا ان يكون التعريف جامعا لكافة صور الأعمال الواردة بالتعداد التشريعي، بحيث انه يمكننا ان نستعين بمدلول الأعمال المذكورة في القانون بوجه عام .

وبما ان الأعمال التجارية الأصلية تنقسم الى اعمال منفردة والى مشروعات تجارية، فان كان المشروع عنصرا للمعيار المنضبط للعمل التجاري ، يشترط لإضافة الأعمال المستحدثة ، ان تكون من هذه المشروعات ، مع استبعاد الأعمال المنفردة في تعريف العمل التجاري[1] .

ولا نستطيع التوصل الى ذلك الا بتحديد الإطار العام للقانون التجاري والأساس المشترك للعمل التجاري.

---

(1) ينعي محمد فريد العريني على الفقه التجاري فشله في وضع معيار جامع ومانع للعمل التجاري ، مرجحا الطابع الطائفي للقانو التجاري وإعتبار نظرية الأعمال التجارية ، محاولة يائسة من الفقه التجاري في القرن التاسع عشر لإصباغ الطابع الموضوعي على القانون التجاري .

1 ـ الإطار العام للقانون التجاري .

عندما يتحدد الإختصاص التشريعي للقانون التجاري ، يترتب على ذلك انه لا يجوز للقضاء الإجتهاد باضافة انشطة تنتمي الى التعداد التشريعي للأعمال التجارية. وهذا لا يعني ان القاضي لا يمكن له ادخال انشطة اخرى الى نطاق التجارية ، غير ان الأمر هنا يختص بالمشرع وحده ، لأنه هو الذي يمكنه اعتبار احد الأنشطة من الأعمال التجارية ، بعد ان كانت من الأعمال التي تخص القانون المدني .

يستنتج مما تقدم انه لا يجوز للقضاء اعتبار الزراعة او الصيد او تربية المواشي او استغلال الموارد الطبيعية ، اعمالا تجارية . بحيث يشترط لذلك تدخل المشرع وذلك بالنص على ان هذه الأنشطة تعتبر من الأعمال التجارية (1) .

2 ـ الأساس المشترك للأعمال التجارية .

يشترط في اجتهاد القضاء باضافة اعمالا جديدة الى التعداد التشريعي للأعمال التجارية ، ان تكون هذه الأعمال المضافة متشابهة لهذه الأعمال .

بمعنى ان تعد مختلف الأعمال المذكورة والمضافة ، أنواعا من جنس واحد ، غير ان المشرع لايكتفي بذلك ، وانما ينص على ان مصدر التشابه والتجانس ، لابد ان يكون ايضا في الصفات والغايات .

وبما ان الأعمال التجارية الواردة في التعداد التشريعي متنوعة ، فلا يتصور ان تتشابه جميعا في مضمونها . لذلك نرى ان معيارالمشروع الذي تبناه الفقيه الفرنسي ESCAR A يصلح من ان القاسم المشترك بين مختلف الأعمال التجارية، يكمن في طريقة الإنتاج .

ونلاحظ بان هناك اتفاق نسبي لبعض المؤلفين مع معيار المشروع . فاذا نظرنا الى وكالات الأشغال التي تشمل خدمات المكاتب والمحلات التجارية التي تقدمها للجمهور مقابل اجر. (فهي تشمل تحصيل الديون لحساب الغير، وادارة الأملاك واستصدار الرخص واستخراج براءات الإختراع ، والتخديم والتوظيف وتوزيع الإعلانات والخدمات السياحية ألخ ...) (1) .

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 92و93 .
(2) انظر :
د / هني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 147 .

نجد انه لا يجمع بينها الا تقديم الخدمة للعميل و الا ما الذي يربط بين تحصيل الديون لحساب الغير ، والخدمات السياحية ، او بين استخراج براءات الإختراع والتخديم والتوظيف ؟ كما انه لا يمكن التسليم بان مختلف وكالات الأشغال من الخدمات ، لأن المهن الحرة تعد كذاك من الخدمات .

الا ان الفرق الجوهري بينهما ، ان هذه الأخيرة تستند بصفة اساسية في تقديم الخدمة الى الملكات الفكرية لأصحاب المهن الحرة ، وما حصلوا عليه من علم وفن ، بينما تستند وكالات الأشغال ، الى رأس المال الذي يتم استثماره من أجل انتاج الخدمة (1).

3 ـ البناء التقليدي لنظرية الأعمال التجارية .

حسب البناء التقليدي لنظرية الأعمال التجارية ، أن الأعمال التجارية الأصلية تنقسم الى اعمال تجارية منفردة ومشروعات تجارية .
وطبقا لذلك يرى بعض الفقهاء ، انه يجب اعادة النظر في عدة جوانب من هذا التقسيم التقليدي. بحيث تتمثل هذه الجوانب في التمييز بين الأعمال التجارية المنفردة والمشروعات التجارية ، وفي الأساس الشخصي لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، واخيرا في ظاهرة الأعمال المختلطة.

أ ـ التمييز بين الأعمال التجارية المنفردة والمشروعات التجارية.

لقد ميز الفقه والقضاء بين المشروعات التجارية والأعمال المنفردة، واتفق على ان المشروع يعني تكرار العمل بناء على تنظيم سابق . فحسب راي هؤلاء يتكون المشر وع من عنصرين: التكرار والتنظيم .

وفي الواقع نرى ان تعريف المشروع بتكرار العمل ، فيه خلط بين المشروع والحرفة. ذلك ان تكرار العمل يعتبر من عناصر الإحتراف.
اما المشروع فهو وحدة انتاجية تقوم على عناصر بشرية(رب العمل والعاملين) وعلى عناصر مادية (مواد ووسائل الإنتاج) .
وترتيبا لذلك ، فاذا تم تعريف المشروع ، بانه تكرار للعمل ، ذابت الفوارق بينه وبين الحرفة. (2)

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار . المجع السابق . ص . 147

(2) انظر :
د / هاني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 150 .

وباعتبار المشروع وحدة انتاجية ، فان الأمر يتطلب في هذه الحالة تكرار الأعمال التي تكون ضرورية للإنتاج. فمثلا لا يتم انشاء مصنع من اجل انتاج سلعة واحدة، وانما يتم انشاؤه من اجل انتاج سلع كثيرة تلبي طلبات الجمهور. مما يؤدي بطبيعة الحال الى تكرار العمل اللازم للإنتاج بهذه الطريقة . (1) .

والتساؤل المطروح هنا . هل قصد المشرع الفرنسي بالفعل تمييز بعض الأعمال عن الأخرى ، وذلك باشتراطه عاى ان يكون بعضها محلا للإحتراف، لإعتبارها من الأعمال التجارية، في حين يقع بعضها الآخر مرة واحدة ، دون عنصر الإحتراف ، لإعتبارها من الأعمال التجارية،هذا فيما يخص المشرعات التجارية .

اما بالنسبة للأعمال المنفردة ، نجد ان الفقه والقضاء اعتاد على اعتبارها كذلك ، مثل العمليات المصرفية حيث نصت على ذلك المادة 2 / 13 من القانون التجاري الجزائري على ان : ((يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع كل عملية مصرفية))

يتضح من فحوى هذا النص ، ان المشرع لم ينص على اعتبار هذه الأعمال ، اعمالا منفردة . ذلك لأن العمليات المصرفية لا تكتسب الصفة التجارية الا لصدورها من مصرف او بنك. والبنك يعد بطبيعة الحال مشروع راسمالي ، يهدف الى تحقيق الربح من التجارة في النقود والإئتمان، فرغم ذلك اعتبرها المشرع اعمالا تجارية منفردة.

اما موقف المشرع الجزائري ، فقد اعتبر العمليات المصرفية اعمالا تجارية ولو وقعت منفردة ، الا انه لم يشترط لإعتبار هذه الأعمال تجارية، ان ترد من خلال مشروع.

واستنتاجا لما تقدم نرى انه لا يوجد ما يمنع قيام العمليات المصرفية ، على شكل مشروعات تحترف هذه الأعمال بامكانياتها المادية والبشرية .

---

(1) انظر :

د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 150

ونصل من كل ما تقدم ، أن الأصل في القيام بالأعمال التجارية هو مزاولتها بواسطة وحدات إنتاجية هي المشروعات.
وباستقراء اجتهادات القضاء ، نجد أنه في كل مرة أضاف عملا جديدا إلى تعداد الأعمال التجارية بطبيعتها ، كان العمل الجديد يشترطه من المشروعات (1) .

ب ـ نظرية الأعمال التجارية بالتبعية.

يقصد بالأعمال التجارية بالتبعية ، جميع الأعمال الصادرة عن تاجر لحاجات تجارته . فهي في حقيقة الأمر اعمالا مدنية بحسب أصلها ، الا انها تكتسب الصفة التجارية ، اذا قام بها التاجر لأعمال تتعلق بشئون تجارته .
ويطلق عليها بالأعمال التبعية ، على إعتبار ان تجاريتها لا تستند الى طبيعتها ، ولكن تبعا لحرفة القائم بها . ذلك ان التاجر يقوم بنوعين من الأنشطة ، فهو يحترف الأعمال التجارية من جهة ، ويمارس نشاطا مدنيا بحتا لا علاقة له بالحياة التجاريةمن جهة اخرى .

والمثال على ذلك شراء التاجر الدفاتر اللازمة لمحله التجاري. فهذا العمل لا يعد تجاريا بطبيعته ، لأنه ليس من قبيل الشراء لأجل البيع. فاذا قام بها التاجر لحاجات تجارته ، فانها تفقد صفتها المدنية وتصير تجارية بالتبعية لحرفة القائم بها .
وتظهر هنا جليا اهمية الحرفة التجارية في التاثير في العمل واعطائه الوصف التجاري. اما اذا قام التاجر بشراء دفاتر لقيد حاجات تخص منزله ، فلا يعتبر هذا العمل من قبيل الأعمال التجارية ، لأنه لا يتعلق بشئون تجارته ، وانما يمارس التاجر ذلك بوصفه فرد عادي ، له نشاط خاص يتميز عن النشاط التجاري .(2)

ونخلص من هذا الطرح بملاحظتين: تتعلق الأولى بمظاهر التبعية لهذه الأعمال . اما الملاحظة الثانية ، فتخص الأساس الشخصي لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية .

1 ـ مظاهر التبعية للأعمال التجارية.

تتجسد مظاهر التبعية للأعمال التجارية ، كونها ترجع الى ان القائم بها تاجر وانها تتعلق بحاجات تجارته ، بحيث تجذب المهنة التجارية العمل المدني اليها وتضفي عليه الصفة التجارية .

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 153 154

(2) انظر :
د / علي حسن يونس . المرجع السابق . ص . 146

وقد اختلف الفقهاء حول ما اذا كان العمل التجاري التابع يقتصر على الوضع الذي يكون فيه القائم بالعمل تاجرا ، ام انه يجوز اسباغ الوصف التجاري على العمل المدني ، ولو لم يكن القائم به تاجرا، متى كان هذا العمل ثانويا ومتعلق بعمل تجاري اصلي . والمثال على ذلك ان الشراء لأجل البيع يعتبر عملا تجاريا بطبيعته. فاذا قام شخص بعملية شراء لأجل البيع ، فلا يعتبر تاجرا طالما انه لم يتخذ ذلك حرفة معتادة له .

فاذا تعاقد غير التاجر مع شركة التامين لتامين الشيء الذي اشتراه لأجل بيعه ، فهل يعتبر هذا العمل من بين الأعمال التجارية بالتبعية ، ام ان هذا الوصف لا يثبت لها لأنها مدنية باصلها ولم يقم بها تاجرا لحاجات تجارته؟

كما نعلم ان التامين يعتبر عملا تجاريا اصليا بالنسبة لشركة التامين ، غير انه تظهر اهمية تحديد وصف العمل بالنسبة لمن قام بعملية الشراء لأجل البيع. بحيث يكون التساؤل عما اذا كانت هذه العملية ، وهي تجارية ، تجذب اليها العمليات الأخرى المرتبطة بها كالتامين وتضفي عليها الوصف التجاري.

للإجابة على هذا التساؤل ، هناك اختلاف في الأراء بخصوص هذه المسالة ، حيث تركز الخلاف حول الأساس الذي تستند اليه الأعمال التجارية بالتبعية.(1) .

2 ـ الأساس الشخصي لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية.

استند الفقه والقضاء الى ان نظرية التبعية ، تقوم قانونا على نص المادة الرابعة فقرة 2 من القانون التجاري الجزائري وتقابلها (المادة الثانية /9 من القانون التجاري المصري) التي تعتبر تجاريا بالتبعية ((الإلتزامات بين التجار))

يستفاد من فحوى هذه المادة ، ان جميع العقود والإلتزامات تعتبر تجارية اذا وقعت بين التجار، بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت تجارية او مدنية.

غير انه من المسلم به ان هذا الشرط ليس ضروريا ، وانه يكتفي في هذه الحالة ، ان يكون احد طرفي العمل تاجرا حتى يعد العمل تجاريا بالنسبة اليه.

فاذا اشترى تاجرا اخشابا من مزارع لإستعمالها وقودا في مصنعه ، فهذا الشراء يعتبر تجاريا بالنسبة للتاجر لأنه يتعلق بحاجات تجارته، ولو ان البيع صادر من غير تاجر .

---

(1) انظر :
د / علي حسن يونس . المرجع السابق . ص . 147

هذا ونلاحظ من جهة اخرى ، ان نظرية التبعية لا تنطبق على كل اعمال التاجر ، بل نراها قاصرة على الأعمال التي تتعلق بتجارته فحسب ، ومن ثم يبقى العمل مدنيا ، اذا كان لا يمت بأي صلة للتجارة. كما اذا كان متعلقا بحياته المدنية ، كشراء منقولات او سيارات لإستعماله الشخصي. (1) .

وترتيبا لذلك ، هناك صورتين للإعتراض على البناء التقليدي لنظرية الأعمال التجارية:

الصورة الأولى :

يعبر عنها الفقيه ــ RIPERT ــ رائد معيار الحرفة التجارية ، فهو ينتقد تقسيم الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية بطبيعتها و أعمال تجارية بالتبعية. فحسب رايه أن جميع الأعمال الي يقوم بها التاجر في نطاق مهنته التجارية ، تعد اعمالا تجارية فحسب ، لا بطبيعتها ولا بالتبعية. ومادامت صفة العمل تتحدد على ضوء ارتباطها بالحرفة ، فانه طبقا لذلك تكون جميع الأعمال المرتبطة بالمهنة التجارية ، اعمالا تجارية باصلها حسب مفهوم الفقه. فلا يوجد هناك ما يسمى تمييز بين الأعمال التي تعبر عن الوجه الحقيقي للنشاط ، والأعمال التي تكون لازمة ومكملة له .

الصورة الثانية:

عند ابقائنا على البناء التقليدي لنظرية الأعمال التجارية ، ومنه تقسيمات هذه الأعمال الى تجارية بطبيعتها وعمالا تجارية بالتبعية. فهناك عدد من الفقهاء ينادي بضرورة قيام نظرية الأعمال التجارية على اساس موضوعي وليس شخصي. بحيث يتم توحيد النظام القانوني للأعمال التجارية الأصلية والأعمال المكملة لها ، ويتمكن القانون التجاري من التخلص من نزعته الطائفية .(2) .

ومؤدى هذا الراي يتوجب اعتبار كل الأعمال التي ترتبط بالمشروع التجاري ، اعمالا بالتبعية . وبناءا على ذلك ، تقوم فكرة الأعمال التجارية بالتبعية على اساس المشروع لا الحرفة.

---

(1) انظر :
د / مصطفى كمال طه . الأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية والصناعية . منشاة المعارف بالإسكندرية دون سنة نشر . ص . 75 و76

(2) انظر :
د / هاني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 159

ج ـ نظرية الأعمال المختلطة.

العمل المختلط هو ذلك الذي يعد تجاريا بالنسبة الى احد اطراف العقد ، بينما يعد مدنيا بالنسبة الى الطرف الآخر.
ويترتب على ذلك تطبيق احكام القانون التجاري على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة اليه عملا تجاريا ، على ان تطبق احكام القانون المدني على الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة اليه عملا مدنيا (1) .

فاذا كان العمل تجاريا بالنسبة للطرفين فلا صعوبة . بيد انه في الغالب ما يكون العمل تجاريا بالنسبة الى احد الطرفين ومدنيا بالنسبة الى الطرف الآخر. فيبغي في هذه الحالة من تجزئة التصرف لتطبيق كل من القانونين على الشق الذي يخص أي منهما (2) .

ويترتب على ذلك انه مادام القانون التجاري لا يمكنه من تنظيم مختلف الأنشطة التجارية ، بحيث تتم دوما الأعمال التجارية في اطار القانون التجاري والقانون المدني . كما اذا قام التاجر بشراء منتجات ارض المزارع لأجل بيعها .
وتطبيقا لذلك وفي حالة ظهور انشطة اقتصادية جديدة ، وتم اضافتها الى التعدادالتشريعي للأعمال التجارية ، فان هذه الأنشطة المستحدثة ، تدخل في علاقات تبادل مع قطاعات تبقى خاضعة لقواعد القانون المدني.
وتستمر المواجهة دائما حول ظاهرة العمل المختلط. ومع احتفاظ القانون المدني بنطاق اختصاصه التشريعي ، لن يكون والحال اية جدوى في تعريف العمل التجاري ، دون ظاهرة الأعمال المختلطة (3) .

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 167

(2)
وخلافا لذلك أتجه المشرع الكويتي إلى حسم إشكالية العمل المختلط بنصه في المادة 12 من قانون التجارة رقم 68 لسنة 1980 على أنه : ((إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الاخر ، سرت أحكام القانون التجاري على التزامات المتعاقد الآخر الناشئة عن هذا العقد ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.)) أنظر في هذا المجال .
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 168 .

(3)
ومع ذلك يلاحظ ان ظاهرة العمل المختلط تعبر في جانب كبير منها عن العلاقات التي تربط بين محترفي انتاج السلع والخدمات وبين المستهلكين . ويتبلور شيئا فشيئا قانون خاص يتنظيم هذه العلاقات ، ياخذ في الوقت الراهن شكل الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المستلك في الدول لمتقدمة ومنها فرنسا. ومن شان قانون المستهلك حصر اشكالية الأعمال المختلطة في حدود ضيقة. فبعد ان كان المحترف يخضع للقانون التجاري والمستهلك للقانون المدني ، اصبح الإثنان خاضعين لأحكام القانون الخاص بالمستهلك.
في هذالمجال ، انظر:
د / هاني محمد دويدار ، المرجع لسابق ، ص . 169 .

ثانيا : صياغة تعريف العمل التجاري.

على ضوء تحديد الإطار العام للقانون التجاري، أي نطاق إختصاصه التشريعي، ومجمل الملاحظات التي أبديناها على المعايير الفقهية للعمل التجاري، والبناء التقليدي لنظرية الأعمال التجارية ، يمكن تعريف العمل التجاري بأنه: ((التعبير القانوني عن مبادلات المشروع الرأسمالي في مجال الإنتاج الصناعي للسلع والخدمات)) . فهو ضابط تحديد نطاق القانون التجاري بوصفه فرعا مستقلا عن فروع القانون. يضاف إلى ذلك أن للتجارة مفهوما إقتصاديا يتميز عن مفهوم العمل التجاري قانونا. فالتجارة بمفهومها الإقتصادي ليست سوى صورة من صور الأنشطة الإقتصادية. أما العمل التجاري فهو تصوير مجرد لمجموعة المبادلات التي تتم بمناسبة مزاولة أنشطة عديدة ومتباينة الطبيعة.

ويقوم إذن تعريف العمل التجاري الذي يظهر أنه صالحا كمعيار لإضفاء الصفة التجارية على الأنشطة المستحدثة على ثلاثة عناصر. عنصر المبادلات (1) عنصر المشروع الرأسمالي (2) وعنصر قطاعي الصناعة والخدمات (3) .
ونوالي بحث مضمون هذه العناصر الثلاثة.

1 ـ عنــــــصر المبادلات .

يقوم النظام الرأسمالي على المبادلة النقدية المعممة، ومفاد ذلك أن إنتاج السلع والخدمات يتم من أجل السوق. ويكون الهدف المباشر من النشاط هو تحقيق الربح في شكله النقدي . وفي هذا النظام تكون للسلع والخدمات قيمة تحدد قابليتها للمبادلة، وتنتج القيمة عما تضمنته السلعة أو الخدمة ، القدرة على إشباع حاجات الإنسان.
وفي علاقات المبادلة هناك علاقة بين سلعتين أو خدمتين تتم مبادلتهما. وإذا ما تم التعبير عن هذه القيمة للسلعة أو الخدمة بواسطة النقود ، يتحدد ثمن هذه السلعة أو الخدمة.
وتعبر علاقات المبادلة عن روابط إجتماعية إذ تتم المبادلات بين الأشخاص . والقانون بوصفه مجموعة قواعد ، فهو الذي يهتم بتنظيمها. وتطبيقا لذلك تعد عمليات شراء المنتجات وبيعها داخلة في مجال إهتمام القانون، وكذلك الأعمال اللازمة للحصول على عناصر الإنتاج من قدرة على العمل (عقد العمل) وموادأولية ومستلزمات الإنتاج ، ثم تسويق السلعة بكل ما تقتضيه من علاقات تبادل، داخلا في دائرة القانون (1) .

---

(1) انظر :
د / هاني محمد دويدار . المرجع السابق . ص . 170

2 ـ عنصر المشروع الرأسمالي .

تجب الإشارة هنا قبل تحليل هذا العنصر، الى أن المشروع الرأسمالي كصورة خاصة للمشروع الإقتصادي ، لا يعد شخصا من أشخاص القانون (1) .
وبالتالي لا يقصد بمبادلات المشروع ، أن المشروع ذاته هو الذي يدخل في علاقات تبادل ، وإنما هو رب العمل.
لكن المقصود من مبادلات المشروع التي تتم بمناسبة النشاط الذي يمارس بواسطة وحدة إنتاجية يصدق عليها وصف المشروع ، والمشروع الرأسمالي بالذات . وتبعا لذلك فإن المشروع لا يعني إستناد النشاط إلى تنظيم سابق يهدف إلى ممارسة النشاط على وجه الدوام والإستقرار، وإنما هو ممارسة النشاط بإتباع طريقة الإنتاج الرأسمالية .
وتتميز هذه الطريقة بثلاث خصائص جوهرية يهم تحليلها على إدراك أبعاد تعريف العمل التجاري.

أ ـــ عنصر المشروع الرأسمالي .

تبرز لنا الخاصية الأولى لطريقة الإنتاج الرأسمالي ، أن جميع المبادلات التي يستهدف منها رب العمل المشروع الحصول على عناصر الإنتاج بما في ذلك القدرة على العمل ، تدخل في مفهوم العمل التجاري . لذلك لا نكون بصدد مشروع رأسمالي في مجال إنتاج السلع والخدمات إلا إذا تحولت القدرة على العمل على سلعة يشتريها رب المشروع. وتطبيقا لذلك لن تعتبر المظاهر المستحدثة للخدمات من الأنشطة التجارية ، والمبادلات التي تتم في إطارها أعمالا تجارية ، مالم تتم في إطار وحدة إنتاجية تقوم على إستغلال العمل الأجير .

---

(1) ومع ذلك هناك إرهاصات متفرقة تشير إلى أن المشروع في سبيله إلى أن يصبح من أشخاص القانون العام . والمثال على ذلك في القانون الفرنسي ، المشروع الفردي ذو المسؤولية المحدودة ، وجوهره شركة الرجل الواحد ، رفض المشرع الفرنسي إخضاعه لأحكام الشركات التجارية رغم إعترافه له بالشخصية المعنوية. في هذا المجال ، انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 172 .

ب ـ تحقيق الربح كهدف للنشاط.

يهدف رب المشروع الرأسمالي إلى تحقيق الربح النقدي ، ذلك أنه يقوم بإنتاج السلعة أو الخدمة من أجل السوق في ظل سيادة إقتصاد المبادلة النقدية. ويتحدد الربح في الفرق بين عوائد المشروع ونفقاته.
ويترتب على ذلك أن كل مبادلة لا تتم في إطار ممارسة نشاط يهدف إلى تحقيق الربح النقدي ، لا تعد من قبيل الأعمال التجارية.
وأولى النتائج الظاهرة لذلك أن مقرض النقود بفائدة ، إذ لا يحصل على ربح ينتج عن مساهمته في مشروع نشاط يتحمل عنه المخاطر، وإنما يحصل على فائدة ، وهي صورة من الدخل تختلف كالأجر والريع عن الربح (1) .
كذلك فيما يتعلق الأمر باستغلال الملكية العقارية والذي يجلب ربحا للمستغل. والمثال على ذلك تأجير الأراضي الزراعية ، وتأجير العقارات المبنية ، إذ لاتعد المبادلات المتعلقة بها من الأعمال التجارية (2) .

ج ـ الإنتاج من خلال دورة رأس المال .

ما يميز طريقة الإنتاج الرأسمالية ، هو أن منتج السلعة أو الخدمة يتوجه أول مرة للسوق للحصول على عناصر الإنتاج ، ثم يعود ثانية إلى السوق ليطرح السلعة أو الخدمة المنتجة فيها . وكل نشاط يتم بهذه الآلية يعد أعمالا تجارية .
وتبرز دورة رأس المال كإحدى الخصائص الرئيسية لطريقة الإنتاج الرأسمالية والأهمية المحورية لرأس المال النقدي . فهو الإنطلاقة الأساسية لمزاولة النشاط وفقا لهذه الطريقة. ويترتب على ذلك ضرورة إستبعاد من مفهوم المشروع الرأسمالي ، جميع صور الأنشطة التي لا ترتكز على على راس المال النقدي لإنتاج السلعة أو الخدمة. والمثال على ذلك الإنتاج الأدبي والفني إذ يمثل إستغلال الملكات الفردية في المقام الرئيسي . وبالتالي لا يعد الرقص أو الغناء أو التمثيل أو التأليف من الأعمال التجارية ، وإن تمت على وجه الإحتراف (3) .
وكذلك يجب إستبعاد من مفهوم الأعمال التجارية ،الخدمات التي يقدمها أصحاب المهن الحرة، لأنها تمثل إستثمار لملكاتهم الفكرية وما إكتسبوه من فن وعلم .

-(1) انظر :

DIDIER : L' immmeuble et le droit commercial , etude jurisprudence , revue trimestrille de droit commercial , 1966 , p . 535

(2) يذهب بعض الفقه التجاري إلى عدم إعتبار الأعمال التجارية التي ترد على إستغلال الماكية العقارية من الأعمال التجارية. لا أن هذا الرأي تراجع عنه مؤيدوه ، بحيث نجد الآن كثيرا من الفقهاء أعتبروا العمليات المتعلقة بإ ستغلال العقارات من الأعمال التنجارية . في هذا المجال ، انظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 175 .

(3) انظر :

SAINT – ALARY : le caractere civil et commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l' esprit , revue trimestrielle de droit commercial , 1946, p. 1494

3 ــ عنصر قطاعي الصناعة والخدمات.

مما تجدر الإشارة إليه أن تعريف العمل التجاري لا يشمل جميع المبادلات التي تتم بمناسبة كل صور الأنشطة التي تدخل في مفهوم قطاع الصناعة أو قطاع الخدمات. ذلك أن تعريف العمل التجاري ، يبقى محكوما بعنصر المشروع الرأسمالي ، وبالتالي تستبعد من نطاق القانون التجاري ، الصناعة الحرفية والمهن الحرة . وبوجه عام جميع الأنشطة التي لا تتم بإتباع طريقة الإنتاج الرأسمالية . و يتم الإشارة بأن مجال الإجتهاد ، فيما يتعلق بقطاع الصناعة يقتصر على ظهور ـ صناعات جديدة ـ تصبح أنشطة تجارية إذا كانت من قبيل الصناعات الرأسمالية. ونرى أن القضاء ممكن أن يتردد إزاء تحول الزراعة تدريجيا إلى فروع من فروع الصناعة.

أما قطاع الخدمات فهو المجال الخصب لإجتهاد القضاء ، لأن تطور المجتمعات من الزاويتين الإجتماعية و التكنولوجية ، تفرز بإستمرار خدمات جديدة ، إذ يجب عاى القضاء تكييفها من أجل إخضاعها إما للقانون التجاري وإما للقانون المدني . والأمثلة على ذلك متنوعة ـ التأجير التمويلي ـ leasing ـ تحصيل الديون التجارية ـ factoring ـ إستغلال العلامات التجارية ـ franchising ـ عقود نقل التكنولوجية -technology-transfer ـ كل هذ الأمثلة تدخل في نطاق الخدمات (1).

---

(1) انظر :

د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 178

المبحث الثاني :

الرضائية كمبدأعام في العقود التجارية.

تخضع الأعمال التجارية لمبدأ الرضائية التي تتم بمجرد تطابق الإرادتين دون حاجة إلى إفراغ هذه الإرادة في شكل معين ، وغالبا ما تتدخل الرضائية في إبرام شتى الأعمال التجارية في حياة التجار ، الذين يلجأون إليها لسهولة إثباتها. وكما نعلم بأن الحياة التجارية تزخر بالنشاطات والأعمال التجارية التي يقوم بها التجار من حين لآخر . إلا أنه غالبا ما هؤلاء إلى إبرام عقود تجارية تتطلبها الحاجة اليومية . غير أننا نرى أن مصطلح العقود التجارية وإن كان شائع الإستعمال إلا أنه يفتقر الى الدقة والتحديد ، ذلك أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الإصطلاح. بل أن العقود التي ينظمها القانون المدني قد تكون عقودا تجارية إذا إندرجت في تعداد الأعمال التجارية ، ذلك لو وردت على عمل تجاري بموضوعه مثل الأعمال التي اعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن القائم بها ، سواء وقعت منفردة كما هو الحال في الشراء لأجل البيع أو من خلال مشروع كالتوريد والنقل و البناء ، وقد تكتسب الصفة التجارية بطريق التبعية لصدورها من تاجر لحاجات تجارته، وقد يكون العقد تجاريا بالنسبة لأحد الطرفين ويظل مدنيا بالنسبة للطرف الآخر، وحينئذ يعد العمل مختلطا ، أو يكون محله أحد الأعمال التجارية بحسب الشكل.

والواقع أن العقود التي تناولها المشرع بالتنظيم هي العقود الشائعة في المجتمع التجاري ، وعلى الرغم من أن المشرع وصفها بالتجارية إلا أنه لا يمنع من تطبيق القواعد العامة في القانون المدني عليها فيما لم يرد فيه نص خاص.

وتتميز العقود التجارية بخصائص عديدة ، فهي عقود رضائية إلا ما أستثني منها بنص خاص . كما أنها تتميز بأنها عقود معاوضة أي أنه ينبغي أن يتلقى كل طرف فيها مقابل لما يعطي ، فلا تدخل عقود التبرع في نطاق القانون التجاري لأن فكرة التبرع منافية للتجارة. كما أنها تتصف
بأنها عقود ترد على المنقولات والعقارات.

وفيما يلي نتناول بالدراسة الرضائية كمبدأ عام في عقد النقل (مطلب اول) والرضائية كمبدأعام في عقد الوكالة التجارية وذلك في(مطلب ثاني) .

المطلب الأول :

الرضائية كمبدأ عام في عقد النقل وكيفية اثباته.

يعتبر عقد النقل من العقود الرضائية وتبعا لذلك ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون أن يلزم ذلك إفراغه في شكل معين.وهذا ما دعانا الى تعريفه وذكر خصائصه في (فرع اول) على ان نتناول كيفية اثباته في (فرع ثاني).

الفرع الأول :
تعريف عقد النقل وخصائصه.

من الصعب ايجاد تعريفا لعقد النقل ، والذي بامكانه ان يطبق على الأشخاص والبضائع ، الا انه يمكن تقديم تعريف شاملا له ، مع تمييزه عن العقود الأخرى(اولا) ويتصف عقد النقل بخصائص متنوعة نذكرها (ثانيا) .

أولا : تعريـــــــف عقد النــــــقل وتمييزه عن العقــود الأخرى.

1 ـ تعريف عقد النقل.

يحظى عقد النقل بأهمية قصوى منذ زمن بعيد، فالنقل من ضرورات الحياة ومستلزماتها ، سواء كان ذلك نقل الأشخاص او الأشياء ، فهو وسيلة اتصال البشر منذ القدم حتى اليوم. و بتطور وسائل النقل يتطور النشاط الإنساني كله ويتقدم . ويتقدم معه تنظيمه القانوني من كافة الجوانب حتى يساير التطور ويحقق المصلحة العامة والخاصة ، وذلك لإرتباط نشاط الأفراد جميعا به .
وترتيبا لذلك يمكن تعريف عقد النقل بانه:

اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بتوصيل البضاعة التي سلمت له إلى مكان معين أو توصيل شخص إلى مكان محدد وذلك مقابل أجر(1).

يتضح من هذا التعريف أن عقد النقل يبرم بين شخصين هما الناقل والراكب او مرسل البضاعة ، بان يقوم الأول بنقل الثاني أ و البضاعة من مكان الى آخر مقابل مبلغ معين .

---

(1) انظر :
المادة ، 36 من القانون التجاري الجزائري .

2 ـ تمـــييز عقد النقل عن العقود التجارية الأخرى.

يتضمن النقل بذاته عملا ماديا يتمثل في تغيير المكان ، تغيير مكان الشيء أو مكان الشخص ، ويجب لقيام عقد النقل أن يكون تغيير المكان هو المحل الرئيسي لإلتزام الناقل.

وبذلك يتميز عقد النقل عن بعض العقود التجارية الأخرى بما يلي:

يتميز عقد النقل عن بعض العقود التي يتحمل فيها احد الطرفين التزاما تبعيا بالنقل. كما هو الحال في عقد البيع مع إشتراط تسليم البضاعة في محل المشتري ، إذ يقوم البائع بالنقل تنفيذا لإلتزامه بالتسليم .

و على عكس من ذلك لا تسري على عقد الفندقة الذي يتعهد فيه الفندق بنقل النزلاء بين المحطة والفندق ، قواعد عقد النقل(1) .

ولا يكفي في عقد النقل أن يكون تغيير المكان هو المحل الرئيسي لإلتزام الناقل ، بل يجب كذلك أن يتمتع الناقل في أدائه لهذا العمل بإستقلالية قانونية ، بحيث لا يخضع فيه الناقل لتوجيه أو إشراف من المرسل أو الراكب .

وبهذا يتميز ايضا النقل عن إجارة الخدمات الذي يخضع فيه العامل أو المستخدم لتوجيه وإشراف من يطلب خدماته. وتبعا لذلك لا يعد نقلا العقد الذي يربط سائق سيارة الأجرة بالراكب ، لأن السائق في هذه الحالة يتلقى الأوامر من الراكب فيما يتعلق بالجهة المقصودة.

ويتميز عقد النقل كذلك عن عقد إيجار الأشياء ، لأن الناقل لا يقتصر على وضع أداة النقل تحت تصرف عميله، بحيث يتمكن من الإنتفاع بها ، بل أنه يلزم بأداء عمل ، وهو تغيير المكان.وعليه فمجرد تاجير أداة النقل لا يعد عقد نقل، كما هو الشأن في تأجير السيارات دون سائق.

ويلاحظ بأن هناك إختلاف في طبيعة عقد نقل الأثاث . فذهب البعض الى أن هذا العقد لا يعد عقد نقل ، لأنه يتضمن فضلا عن نقل الأثاث عمليات أخرى مثل تغليف الأثاث وحزمه وفكه وتركيبه عند الوصول . إلا أن الرأي الرجح يعتبره عقد نقل لأن النقل أو تغيير المكان هو العنصر المهم في العقد ، أما التغليف والحزم و التركيب فليس إلا عمليات تدخل في نطاق عقد النقل(2) .

---

(1) انظر :

G. RIPERT/ R. ROBLOT. Traite de droit commercial. Effets de commerce . banque et bourse . contrats commerciaux . procedures collectives. Tome 2 .paris . 16éme edtition. L.G. D.J . librairie generale de droit et de jurisprudence.2000. p. 714.

(2) انظر :

د / مصطفى كما طه و د/ علي البارودي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، العقود لتجارية ، عمليات البنوك ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقو قية ، بيروت ، 2001 ص . 548

3 ـ تجارية عقد النقل.

يعتبر النقل عملا تجاريا بالنسبة للناقل بشرط ان يتم ذلك في اطار مشروع ، بمعنى ان يمارس بمعرفة ناقل محترف. المادة 2 فقرة 8 تجاري جزائري وتقابلها (المادة 6 فقرة 7 تجاري مصري) .

ويعتبر النقل تجاريا كذلك بالنسبة للمرسل اذا كان تاجرا ، وتعاقد على النقل لحاجات تجارته تطبيقا لنظرية التبعية.

وعلى العكس من ذلك يعد النقل مدنيا اذا كان المرسل غير تاجر .

والنقل عمل تجاري دائما بالنسبة للناقل ، بغض النظر عما اذا كان فردا او شركة او شخصا من اشخاص القانون العام .

اما عمليات النقل المنفردة فلا تعد تجارية ، كمالك سيارة الأجرة التي يقودها بنفسه، او الحمال الذي يعتمد على نفسه في نقل البضاعة، ففي مثل هذه الحالة يعتبر هؤلاء في حكم الحرفيين، اذ لا يتحقق في شانهم عنصر المضاربة ، كما لا يتوافر في نشاطهم عنصر المشروع. (1) .

ثانيا: خصائص عقد النقل.

يتمتع عقد النقل بخصائص عديدة أهمها أنه عقد رضائي (1) عقد معاوضة (2) وأخيرا عقد ملزم للجانبين (3) . وفيما يلي سوف نشرح كل خاصية على حدى.

1 ـ عقد رضائـــــــــي.

يتم عقد النقل بمجرد تبادل الإيجاب والقبول إذ لا يشترط القانون لوقوعه أوضاعا خاصة كالرسمية ، وطبقا لذلك جاء في نص المادة 38 تجاري جزائري على أن ((عقد النقل يتكون بإرادة الطرفين وحدها)) .

ويترتب على ذلك حرية المتعاقدين في تحديد شروطه وهو ما يقع إذا كان المسؤول عن النقل فردا أو شركة غير محتكرة . غير أنه في الغالب ما يكون النقل عقد إذعان يقتصر فيه القبول على مجرد التسليم بشروط يضعها الناقل ولا يقبل المناقشة فيها ، كما هو الشأن في عقد النقل بالسكك الحديدية الذي يتم على اساس تذكرة النقل المعدة من طرف الناقل(2) .

والواقع أن عقد النقل هو عقد إذعان في جميع الأحوال إذ أن الناقل دائما هو الذي يحدد شروط العقد وما على الراكب أو المرسل إلا قبول هذه الشروط دون مناقشة . إذن فالقول بأنه من العقود الرضائية فهو قول مردود عليه .

---

(1) انظر :
د / احمد محرز . القانون التجاري الجزائري ، العقود التجارية . الجزء الرابع . دار النهضة العربية للطباعة والنشر 1980 - 1981 ، ص . 208

(2) انظر :
د / مصطفى كمال طه ود / علي البارودي . القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك الطبعة الأولى . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . 2001 . ص . 548

2 ـ عقد معــــــاوضة.

لا يقوم عقد النقل إلا إذا كان النقل مقابل أجرة يدفعها المرسل أو المسافر . وأحيانا قد يكون المقابل غير ظاهر كما في حالة التصريح المجاني الذي يتم نظير خدمة أديت للناقل.
أما إذا كان النقل دون أي مقابل حقيقي ، فإنه يكون نقلامجانيا لا تعاقد فيه ولا تسري عليه أحكام عقد النقل. (1) .

3 ـ عقد ملزم للجـــانبين.

يلتزم الناقل بمقتضى العقد بعملية النقل المتفق عليها في الميعاد المحدد وبالمقابل يلتزم المرسل أو الراكب بدفع أجرة النقل.
وترتيبا لذلك إذ لم يقم أحد المتعاقدين بالوفاء بإلتزاماته ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بفسخ العقد. غير أنه من النادر عملا أن يحدث ذلك ، وإنما يطالب أحد الطرفين بفسخ العقد، ويقتصر الناقل على المطالبة بالتنفيذ أي بدفع الأجرة، ويلجأ الطرف الاخر إلى إعمال مسؤولية الناقل والمطالبة بالتعويض عن التأخر أو هلاك البضاعة أو تلفها(2) .

الفرع الثاني :
تكوين عقد النقل وكيفية اثباته.

يجب أن تتوافر في عقد النقل الشروط الموضوعية العامة اللازمة لجميع العقود والتي على أساسها يتم تكوينه. ونلاحظ أن طريقة تكوينه تختلف باختلاف اطراف العقد(أ ولا) و لا تختلف طريقة إثبات عقد نقل الأشخاص عن عقد نقل الأشياء (ثانيا) على ان نبين آثاره (ثالثا) .

أولا : تكوين عقد النقـــــل

إن طريقة تكوين العقد تختلف حسب طريقة النقل. فعادة ما يكون الناقل في حالة إيجاب مستمر مع الجمهور ، فيكفي إذن موافقة المرسل أو المسافركي يتم العقد.

---

(1) انظر :
د / مصطفى كمال طه ، د / علي البارودي ، المرجع السابق ، ص ، 550
(2) انظ :
د / احمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، العقود التجارية ، الجزء الرابع ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980 1981 ص .8 20

فالمرسل يعبر عن موافقته وذلك بتسليم البضاعة . أما بالنسبة للمسافر فهو يعبر عن موافقته وذلك بقبوله تذكرة السفروباستعماله للحافلة مثلا. غير أنه لا نكون بصدد

عقد نقل في حالة ما إذا تسلل شخص في الحافلة ، فهذا الفعل يشكل جنحة يعاقب عليها القانون (1) .

وكما جاء أعلاه يجب أن يحتوي عقد النقل على جميع الشروط الموضوعية اللا زمة لجميع العقود وهي الرضى (1) المحل (2) واخيرا الأهلية(3).

1 ــ الرضى .

يتطلب القانون أن تكون إرادة الطرفين سليمة خالية من العيوب ، كالغلط والإكراه والتدليس والغبن وإلا كان العقد قابلا للإبطال . وغالبا ما تحدد شروط العقد مسبقا بحيث يعلنها الناقل صراحة وبكل دقة . فإذا أدلى المرسل بمعلومات خاطئة بالنسبة للشيء المراد نقله او بقصد سير النقل والجهات التي يقصدها وتلك التي يتوقف فيها، بما يخالف شروط العقد ، كان العقد قابلا للإبطال للغلط أو التدليس بحسب الأحوال .

2 ـ الأهليـــــــــة.

يشترط في عقد النقل أن تتوافر في الناقل الأهلية التجارية.

والمقصود بالأهلية التجارية ، هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا. على ان القانون التجاري الجزائري ، لم يتضمن حكما خاصا بسن الرشد التجاري ، ولذا يجب تطبيق القواعد العامة الواردة في المادة 40 من القانون المدني ، التي تحدد سن الرشد بصفة عامة بتسعة عشر (19) سنة كاملة. وترتيبا لذلك يجب ان يتمتع الناقل بالأهلية التجارية ، لأنه تاجر محترف. أما بالنسبة للراكب فلا يشترط أهلية معينة، إنما يكفي أن يكون مميزا غير مصاب بالجنون (2).

3 ـ المـــــــحل.

يجب أن يكون محل عقد النقل منقولا ماديا ، بحيث يشترط أن يكون هذا المنقول من الأموال التي تدخل في نطاق التعامل . أما إذا إتضح أن المنقول يخرج عن دائرة التعامل ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.

اما في عقد نقل الأشخاص ، فهو يرد على آدمي له ارادته بحيث يكون مسؤولا عن رعاية نفسه وسلامته . ويلتزم على ان لا ياتي بتصرفات تتعارض مع سلامة الركاب.

-(1) انظر :

G. RIPERT . ET R. ROBLOT. OP CIT . p . 719

(2) انظر :

د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 209

بالإضافة الى ذلك يجب أن تحدد في العقد الأجرة المتفق عليها والتي يحددها الناقل تبعا لكمية ومقدار الشيء أو االبضاعة المراد نقلها وذلك من حيث الوزن والحجم ألخ.......وتكون هذه الأجرة موحدة بالنسبة للجميع وهي ما يطلق عليها بالتعريفة العامة tarif general (1) .

ثانيا : طرق إثبات عقد النقل.

الأصل أن عقد النقل كسائر العقود التجارية يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات ، عملا بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية. وإذا كان العقد مدنيا بالنسبة للمرسل ، فلا يجوز للناقل الإثبات في مواجهته إلا باستعمال طرق الإثبات المدنية أي الكتابة أو ما يقوم مقامها .
على أن عقد النقل يثبت عملا بإيصال النقل (1) أو تذكرة السفر (2).

1 ـ إيصــــــال النقل .

جرى العمل على تحرير إيصال النقل من أصل وعدة صور مطابقة لذلك، ترسل واحدة الى المرسل اليه ليستلم بمقتضاها البضاعة عند وصولها وأخرى تسلم للمرسل وثالثة تبقى مع الناقل، ويوقع عليها كل من المرسل والناقل (2).
وقد شاع تحرير إيصال النقل على هذا النحو نظرا لما تتميز به هذه الطريقة من الدقة وسهولة إثبات ما تضمنته (3) .

ويتضمن الإيصال عدة بيانات معينة نصت عليها المادة 41 فقرة 2 تجاري جزائري وتقابلها (المادة 102 من قانون 25 جوان 1991 فرنسي). وتتمثل هذه البيانات في: التاريخ وطبيعة البضاعة التي سيتم ارسالها وذلك من حيث الوزن والحمولة ـ العلامات التجارية ـ أسماء ومحا ل إقامة كل من الوكيل بالعمولة والناقل وكذا اسم المرسل وتاريخ النقل والتعويضات والثمن في حالة ما إذا نص القانون على ذلك في العقد.

---

(1) انظر :
د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 210
(2) انظ :
د / عباس حلمي ، العقود والوراق التجارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1987 ، ص . 37
(3) انظر :
د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 211

ويعتبر القانون الفرنسي هذه البيانات إلزامية إذ يعد الإيصال الخال منها ، إيصالا غير قانوني ويرتب جزاءا على مخالفته. غير أنه لم يذكر نوع هذا الجزاء (1) .
أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فرتب هو الآخر جزاءا على المرسل الذي يهملها، واعتبره مسؤولا تجاه الناقل عن إهمالها . إلا أنه لم يشر الى نوع هذا الجزاء .
وطبقا لذلك هل تعتبر وثيقة النقل ــ الإيصال ـ وسيلة للإثبات فقط أم شرط للإنعقادأيضا؟
يقول الدكتور عباس حلمي: ((.....يدون المتعاقدون عادة شروط النقل على صك مطبوع يسمى وثيقة النقل ، غير ان هذا لايعني ان تحرير هذا الصك شرط لإنعقادعقد النقل او اثباته ، اذ يتم العقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول (2) .

حسب اعتقادنا يعتبر الإيصال وسيلة للإثبات لأنها تحتوي على جميع البيانات اللازمة للبضاعة والمحدد قانونا حسب نص الماد 41 فقرة 2 تجاري جزئري السالفة الذكر . إذن فالإيصال محرر مكتوب والكتابة دليل له قيمته فيما تضمنه المحرر. أما البيانات التي لم يتضمنها الإيصال وتمت المنازعة بشأنها ، فيجب الإلتجاء الى الوسائل الأخرى لإثباتها.
أما القول بأن الإيصال لا يعتبر شرطا لإنعقاد عقد النقل ، فهذا رأي صحيح ، لأن الإيصال يعتبر وسيلة للإثبات كما سبقت الإشارة الى ذلك .

2 ــ تـــــــذ كرة النقــــــــل.

يعتبر عقد النقل عقد تجاري بالنسبة للناقل ولذلك يمكن للراكب أن يثبته بكافة طرق الإثبات . أما بالنسبة للمسافرأو الرا كب ، فيعتبر العقد مدنيا بالنسبة إليه ، ما لم يكن الرا كب تاجرا وسافر لأعمال تجارته ، إذن يعتبر العقد تجاريا بالنسبة إليه أيضا تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية.
أما إذا كان العقد مدنيا بالنسبة للمسافر أو الراكب ، فلا يجوز الإثبات في مواجهته إلا بالكتا بة. علما أن العقد يثبت بتذكرة السفر ، يسلمها الناقل للراكب عندما يقبض الأجرة ، حيث يحدد فيها رقم الرحلة وبياناتها.
وأحيانا قد تكون التذكرة لحاملها أو باسم الراكب ، فإذا كانت لحاملها ، جاز للراكب أن يحل غيره محله قبل بدء السفر . أما إذا كانت التذكرة باسم الراكب ، فلا يجوز له أن يتنازل عنها لغيره دون رضاء الناقل (3) .

---

(1) انظر :

G . RIPERT / R . ROBLOT . op. Cit . p . 720

(2) لنظر :

د / عباس حلمي ، المرجع السابق ، ص . 37

(3) انظر :

د / مصطفى كمال طه ، د / علي البارودي ، المرجع السابق ، ص . 582 583

ثالثا : آثـــارعقد النـــــــقل.

يرتب عقد النقل إلتزامات علىعاتق كل من طرفيه، الناقل والمرسل. فيلتزم الناقل بتسليم البضـاعة ونقلها إلـى المرسل فـي نهايـة النقل. أمـا المرسـل فيلتـزم بتسليم البضاعة للناقل ودفع أجرة النقل هذا في عقد نقل الأشياء. أما في عقد نقل الأشخص ، فنكون بصدد الراكب.أما بالنسبة للناقل فيبقى هو نفسـه ، وفيمـا يلـي نعرض إلتزامات المرسل والراكب في (1) ثم بعدها إلتزامات الناقل (2) .

1 ــ إلتزامات المرســـل .

يتعهد المرسل بتسليم البضاعة المراد نقلها الى الناقل، وبتسليم البضاعة يبدأ تنفيذ عقد النقل ، يحيث تنتقل حيازة البضاعة الـى الناقل فيكـون عنـد ئـذ مسؤولا عنها. وتتلخص إلتزامات المرسل بتسليم البضاعة للناقل (أ) ودفع الأجرة (ب).

أ ـــ الإلتزام بتسليم البضاعة للناقل.

يلتزم المرسل بتسليم البضاعة للناقل وذلك وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد أو بمقتضى العادات المتعارف عليها عند سكوت الطرفين .
وقد أوجب المشـرع علـى المرسل أن يسلم البضـاعة بطريقـة تقيهـا مـن الضـياع والتلف ، وذلك بتحزيمها إذا كانـت هذه الأخيرة تتطلب ذلك أو تغليفهـا (المـادة 43 تجاري جزائـري) . ويكـون المرسـل مسؤولا أيضـا عـن الأضـرار الناجمـة عن عيوب التحزيم (المـادة 44 فقرة 1 تجـاري من نفس القـانون) . وللنـاقل أن يتحقق من نوع البضاعة وعددها ووزنها لما في ذلك من أهميـة فـي تحديـد أجـرة النقل والمسؤولية المترتبة عليه.

ب ــ الإلـتزام بدفع الأجرة .

الإلتزام بدفع اجرة النقل يعتبر الإلتزام الرئيسي للمرسل أوالراكب الذي يقابل الإلتزام الرئيسي للناقل بالنقل. وقد يتم دفع الأجـرة عند تسليم البضـاعة للناقل وقبل الوصول ، وقد يتم دفعها بعد الوصـول وتسليم البضـاعة للمرسل إليـه وذلك حسب إتفاق الطرفين .
ويضـاف إلى اجرة النقـل المصـروفات الإضـافية التـي أنفقهـا الناقـل بسـبب متطلبـات النقل، كمصروفات الوزن ، الإيداع ، الصيانة ، الرسوم الجمركية وما إلى ذلك .
وإذا هلكت البضاعة أثناء النقل بقوة قـاهرة ، إنقضـى إلتـزام المرسل بـدفع الأجـرة ، وفي حالة ما إذا تسلم النافل الأجرة كلها أو بعضـها وجـب عليـه ردهـا، وذلـك تطبيقـا للقواعد العامة التي تقضي بأنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضـى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضى معه الإلتزامات المقابلة له.

أما بخصوص الراكب فهو يلتزم أيضا:
بدفع مقابل النقل أجرة النقل، و تختلف الأجرة بإختلاف الدرجة المراد السفر فيها، وهي تدفع عادة عند تسليم التذكرة. ويقدر الناقل الأجرة بمراعاة المدة المعتادة للنقل، ولكنه لا يستطيع أن يطالب الراكب بأي مبلغ إضافي إن طالت مدة النقل بقوة قاهرة (1). كما يلتزم الراكب بمراعاة تعليمات النقل ، كالحضور قبل الموعد المحدد بوقت كاف . فإذا تأخر الراكب لا يلتزم الناقل بإنتظاره ، كما يجب على الراكب أيضا احترام النظام والتعليمات التي يضعها الناقل من أجل راحة الركاب وسلامتهم. كما يلتزم أيضا بالمحافظة على الأمتعة التي يحملها معه وعلى مسؤوليته (2).

2 ـ إلتزامات النــــــاقل.

تقضي المادة 37 من التقنين التجاري الجزائري بانه : ((يعد الناقل مسؤولا من وقت تسلمه الأشياء المراد نقلها عن ضياعها الكلي او الجزئي او تلفها او التاخير في تسليمها)) .
مقتضى هذا النص ان الناقل يجب عليه ان يتسلم البضاعة من المرسل ، وان يقوم بشحنها ونقلها وتسليمها بحالتها وقت استلامه لها. وترتيبا لذلك ، يقع على البائع التزامين رئيسيين وجب عليه احترامهما ، ويتمثلان في استلام البضاعة وشحنها (أ) ثم نقلها (ب) ، وفيما يلي نتولى شرح هذين الإلتزامين بشيء من التفصيل.

أ ـ الإلتزام باستلام البضاعة وشحنها .

يلتزم الناقل باستلام البضاعة المراد نقلها الى المرسل ، مع التحقق من نوعها وكميتها وحجمها وحالتها وسلامة حزمها . وعادة يتم تسليم البضاعة في المكان والزمان المتفق عليه ، وغالبا ما يكون تحديد المكان من طرف الناقل.
وللناقل ان يتسلم البضاعة في محل المرسل او في مكتبه او مخازنه وفقا لما اتفق عليه .

---

(2) انظر :
المادة ، 40 ، من القا نون التجاري
(3) انظر :
المادة ، 68 ، من القانون التجاري

وبعد إستلام الناقل للبضاعة من طرف المرسل ، يقوم بشحنها ورصها في العربة أو القطار وذلك بطريقة منظمة و آ منة تقيها من الهلاك أو التلف أثناء النقل (1) . وإذا امتنع الناقل عن تسلم البضاعة ، جاز للمرسل أن يطالب بالتنفيذ العيني أو بفسخ العقد مع التعويض .

ب ــ الإلتزام بنقل البضاعة.

يجب على الناقل أن يخصص للنقل أداة صالحة للقيام به مع مراعاة طبيعة البضاعة وطول الرحلة. إذ يتحتم عليه سلوك الطريق التي جرت العادة على إتباعه. فلا يجوز له اتباع طريق آخر إلا إذا اضطرته إلى ذلك قوة قاهرة ، مع احترام ميعاد النقل المتفق عليه. أما إذا لم يتم النقل حسب الميعاد المحدد ، كان الناقل مسؤولا عن ذلك. وبالمقابل يلتزم الناقل بالمحافظة على البضاعة أثناء الطريق وذلك لمنع سرقتها أو ضياعها . وأخيرا يلتزم كذلك بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في المكان المتفق عليه والمنصوص عليه في سند النقل. وللمرسل إليه الحق في فحص البضاعة المرسلة إليه ليتأكد من مواصفاتها طبقا للبيانات المدرجة في سند الشحن. وتثبت واقعة التسليم وذلك بإعطاء إيصال الى الناقل بما يفيد إستلام الشيء المنقول أو التأشير بالتسليم على سند النقل الذي رافق البضاعة (2) .

أما فيما يخص إلتزامات الناقل في عقد الأشخاص فهو يلتزم :

بالقيام بعملية النقل في الميعاد المحدد لها دون تأخير وفي الدرجة المتفق عليها. وترتيبا لذلك يكون الناقل في هذه الحالة مسؤولا مسؤولية عقدية إذا اصيب الراكب أثناء السفر بحادث. ولا ترفع هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب (3).

أما فيما يتعلق بضمان سلامة المسافر ، فقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة وأكد إلتزام الناقل بسلامة الراكب . وهنا تكون مسؤولية الناقل أساسها القانون،ويكون باطلا كل شرط في عقد النقل يعفي الناقل من مسؤوليته، كليا أو جزئيا عن الأضرار البدنية التي تصيب المسافرين (4) .

-(1) انظر :
د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 220

(2) انظر :
د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 221

(3) لنظر :
د / مصطفى كمال طه ، د / علي البارودي ، المرجع السابق ، ص . 258

(4) لتظر :
المادة ، 65 من القانون التجاري الجزائري .

المطلب الثاني :
الرضائية كمبدا عام في عقد الوكالة التجارية وتنفيذها.

غالبا ما تبرم العقود المدنية بين الطرفين إذ يتولى إبرامها بأنفسهم أو بواسطة وكلاء . بينما تبرم العقود التجارية بين عدد مهم من الزبائن الذين يتواجدون غالبا في مناطق نائية، بحيث أنه من الصعب التعرف عليهم من طرف المنتجين والموزعين ، مما يؤدي الى الوصول إليهم وذلك عن طريق الوكلاء والممثلين الذين يعرضون خدماتهم وتقريب وجهات النظربين أطراف العقد والمساعدة على إبرام الصفقات التجارية. ويمكن أن يكون هذا النوع من الوسطاء تجارا يقومون بإجراء صفقات تجارية باسمهم ، أو موظفين يعملون لحساب الآخرين.

ويدخل في هذا الصنف من الوكلاء ، الوكيل التجاري الذي يقوم بإبرام عمليات تجارية لحساب تاجر وذلك عن طريق الوكالة التجارية، التي تعتبر من العقود الرضائية و التي لا يشترط القانون فيها شكلا معينا، إذ يكفي إرادة الطرفين وينعقد العقد. وهذا ما دعانا الى تعريفه وبيان خصائصه (فرع اول) ثم تنفيذه وطرق اثباته. (فرع ثاني) .

الفرع الأول :
تعريف عقد الوكالة التجارية ووظائفه.

للوكالة التجارية أهمية كبيرة من الناحيتين الإقتصادية والقانونية ، إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام هذه الوكالة تنظيما محكما وذلك في مجال العلاقات المتولدة بين الطرفين. إذ لم يحظ عقد الوكالةالتجارية ، إلا بنصوص قليلة ومتفرقة اشار فيها الى تعريف و تجارية هذه الوكالة. وفي هذا المقام نخص بالذكر تعريف الوكالة التجارية والفرق بينها وبين الوكالة المدنية (أولا) وظائفها(ثانيا) واخيرا تجاريتها (ثالثا) .

أولا : تعريف عقد الوكالة التجارية وتميزه عن الوكالة المدنية.
1 – تعريف عقد الوكالة التجارية.

يتضح من نص المادة 43 فقرة1 تجاري جزائري و(تقابلها المادة 1 من قانون 25 جوان 1991 الفرنسي)، على أن عقد الوكالة التجارية ، هو:((عقد يلتزم بمقتضاه شخص يعمل على وجه الإستقلال ، دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات ، وذلك بالتوسط في إبرام الصفقات التجارية باسم ولحساب المنتجين

والمستهلكين خلال مدة معينة أو غير معينة وذلك نظير مبلغا يحدده المتعاقدان يسمى بالعمولة)).
إذن فالوكيل يعمل لحساب وباسم موكله بعكس الوكيل بالعمولة الذي يعمل باسمه ولحساب موكله.

2ـ تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الوكالة المدنية.

لا يختلف التعريف الوارد بشأن الوكالة التجارية عنه في الوكالة المدنية ،حيث عرفها المشرع بأنها عقد بنقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء معين لحساب الموكل وباسمه (1) . وتختلف الوكالة التجارية عن الوكالة المدنية وذلك في :

أن الوكالة المدنية أصلا هي وكالة مجانية بالنسبة للوكيل و الإستثناء هو دفع الأجر. وهذا الأجر يخضع لتقدير القاضي ، إلا إذا دفع الموكل الأجر طوعا.

في حين أن الوكالة التجارية ليست وكالة تبرعية ، فهي من عقود المعاوضة . إذ يحدد الأجر فيها باتفاق الطرفين .وسنتناول ذلك بالتفصيل عند الكلام عن خصائص الوكالة.

والوكالة المدنية تنقسم الى قسمين: الوكالة العامة (أ) والوكالة الخاصة (ب) .

أ ــ الوكالة العامة.

تعتبر الوكالة العامة عبارة عن تفويض يرد بألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف كأن يقول الموكل للوكيل: < وكلتك على تسيير متجري أو ما تراه صالحا ومفيدا في تسيير متجري > ، وسواء أشارت الوكالة الى أعمال الإدارة أو لم تشر فإنه لا يجوز للوكيل أن يقوم بأعمال التصرف كالبيع والهبة والقرض والصلح ولكن يستطيع الوكيل القيام ببعض التصرفات المستلزمة لإدارة المشروع كالإصلاحات والترميمات الجسيمة وجمع ديون موكله وحجز أموال المدينين ورفع الدعاوي الوقتية ومحو القيد والرهون وتجديدها وبيع المحصول السريع التلف وقبض ثمنه.

ب ــ الوكـــــــالة الخاصة .

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية . ومن الواضح أن موضوعات الوكالة الخاصة المحددة أنها جاءت في النص (المادة 574 مدني جزائري) ليس على سبيل الحصر ماعدا التبرعات فلا يمكن تجاوز النص. ويضيف النص القانوني بأن الوكالة الخاصة تجوز في نوع معين من العمل حتى ولو لم يحدد محل العمل . فمثلا لو وكل شخص آخر في البيع ولم يحدد الموكل للوكيل موضوع البيع كانت الوكالة واردة على أموال الموكل فلو باع الوكيل شيئا منها أو كلها كانت الوكالة صحيحة

---

(1) انظر :
المادة ، 517 ، من التقنين المدني الجزائري .

أما إذا حدد الموكل في الوكالة موضوع التصرف كأن يوكله في بيع سيارة محددة بمواصفاتها فلا يجوز للوكيل أن يتعداها إلى بيع أموال أخرى مملوكة للموكل وإلا كانت باطلة. أما في التبرعات فلا يجوز للوكيل أن يتجاوز موضوع الوكالة المحددة لأن التبرعات من التصرفات الخطيرة (1).

ثانيا: وظائف عقد الوكالة التجارية.

تتمتع الوكالة التجارية بعدة خصائص معينة ، فهي عقد رضائي (1) عقد ملزم للجانبين(2) وأخيرا عقد معاوضة(3) .

1 ـ عقد رضائي .

يعد عقد الوكالة التجارية عقد رضائي ، حيث لم ينص القانون فيه على شكلية معينة لإنعقاده ، كما أنه يخضع لمبدأ حرية الإثبات ،شأنه شأن المواد التجارية الأخرى .

غير أن المادة 2 من قانون 25 جوان 1991 الفرنسي ، تقضي بأنه يجوز لكل من الطرفين أن يطلب من الطرف الآخر توقيعا مشيرا على ما يحتوي عليه عقد الوكالة وملحقاته، بحيث لا يقبل أي شكل للإثبات خارج التوقيع. كما أننا نجد بأن المادة 4 من مرسوم 1958 توجب الوكيل التجاري بالتسجيل في سجل خاص لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية. حيث تتبنى محكمة النقض بخصوص ذلك قرارا صارما بموجبه يحرم الوكيل التجاري من الإستفادة من القانون الأساسي للوكيل، في حالة عدم التسجيل. وعكس ذلك نرى بأن التوجهات الأوروبية الصادرة في 18 ديسمبر 1986 ، لا تنص على هذا الشرط وسايرها في ذلك قانون 25 جوان 1991 إذ لا تشترط تطبيق القانون الأساسي للوكيل التجاري ، بإستيفاء أي إشهار [التسجيل لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية]. مع أن التسجيل في ذلك السجل الخاص مازال مستمرا ، لكنه لا يعدو أن يكون إلا إجراء إداري فقط (2) .

وطبقا لذلك ، هل يعتبر عقد الوكالة عقدا رضائيا أم عقدا شكليا، وهل هذه الشكلية شكلية عرفية أم شكلية رسمية؟

للإجابة على هذا السؤال ، نقول أنه لا يوجد نص قانوني يلزم الموكل والوكيل على تحرير الوكالة بصفة رسمية. إلا أن شكلية الوكالة تستخلص من القواعد العامة التي تحكم التصرف القانوني . فإذا كان التصرف يخضع للشكلية الرسمية ، فإن جميع الوكالات الواردة عليه ، تكون رسمية وإلا كانت باطلة، خاصة في العقود

---

(1) انظر :

مجلة الموثق، دورية داخلية متخصصة . تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 4 1998 ص . 43

(2) انظر :

GEORGE RIPERT . RENE . ROBLOT . op ;cit . p . 67

المنصوص عليها في المواد: 324 - 1/324 - 2/324 - 3/324 -أي عقد بيع الشركة والتنازل عن حصص في شركة والمحل التجاري وجميع عناصره إلخ........... أما باقي التصرفات فتكون إختيارية ، فتجوز فيها الوكالة العرفية أو الرسمية (1) .

2 ـ عقد ملزم للجانبين.

يرتب العقد إلتزامات على عاتق الطرفين، إذ يتمتع كل منهما بضمانات خاصة يقررها القانون تأمينا لحقوق أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر ، كحق الإمتياز والحق في حبس البضاعة بخلاف الوضع في الوكالة العادية. كما يلتزم الوكيل بتنفيذ مضمون الوكالة ، والموكل ملزم بدفع الأجرة وكذلك بتعويض النفقات وما لحق الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا عاديا(2) .

3 ـ عقد معاوضـــــة .

يتميز عقد الوكالة التجارية بأنه من عقود المعاوضة ، فلا يتصور فيها التبرع ، بدلالة لفظ العمولة الذي يؤكد لزوم الأجرة فيها. وذلك بخلاف الوكالة العادية ، كما أشرنا أعلاه ، حيث تعتبر تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل (المادة 581 فقرة 1 مدني جزائري).

ثالثا ــ تجـــــارية عقد الوكالة.

يتضح من نص المادة 34 من القانون التجاري الجزائري أن عقد الوكالة التجارية ، يعد عملا تجاريا في جميع الأحوال ، وايا كانت صفة اطرافه وايا كانت مرحلة التعاقد ، وسواء تعاقد الوكيل باسمه الشخصي أو باسم الموكل وذلك ما نستنتجه من النص المذكور أعلاه.
ويكتسب الوكيل صفة التاجر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي ، متى قام بعمل الوكالة التجارية على سبيل الإحتراف و الإستقلال عن الموكل، فهو يقوم بمباشرة نشاطه هذا دون رقابة أو إشراف ، مستخدما بذلك خبرته في إجتذاب العملاء وإقناعهم للتعاقد معهم (3).

-(1) انظر :
مجلة الموثق ، المرجع السابق ، العدد ، 4 ، ص . 43

(2) انظر :
د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 176 177

(3) انظر :
د / احمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص . 178

الفرع الثاني:
تنفيذ عقد الوكالة التجارية وطرق اثباته.

العقود التي تبرم بين الوكيل والموكل تحقق مصلحة الطرفين والتي تتمثل عادة في تنفيذ التعهدات التي تنشا بينهما من جراء عقد الوكالة ، فيسعى كلا الطرفين للتفاني في تنفيذ إلتزاماته التجارية تجاه الطرف الآخر(أولا) وفي حالة حصول خصومة أو نزاع بين الطرفين يستطيع كلاهما إثبات ذلك(ثانيا) بعدها ترتب الوكالة آثارا بالنسبة للوكيل والموكل (ثالثا) إنتهاء عقد الوكالة التجارية (رابعا) .

أولا ـ تنفيذ عقد الوكالة التجارية.

نص المشرع الجزائري على تنفيذ عقد الوكالة في احكام المواد 575 ، 576 ، 577 ، 578 ، 579 ، 588 من القانون المدني . فقضى بان العقود التي تبرم بين الوكيل وموكله ، تحقق مصلحة الطرفين ، والتي تتمثل في تنفيذ التزاماتهما.
و لتنفيذ تعهدات كل من الوكيل والموكل، يجب الرجوع إلى قواعد القانون العام ، والتي تحيلنا بدورها إلى ما جاء في التوجهات الأوروبية لسنة 1986 الصادرة بخصوص ذلك :
هو أن العلاقات بين الوكيل والموكل تضبط عن طريق الإلتزام بالإخلاص والأمانة والواجب المتبادل في تناول الخبر، فالوكيل التجاري يتحتم عليه تنفيذ وكالته بمهارة وإحتراف.
أما بالنسبة للموكل فيجب عليه أن يضع الوكيل التجاري في مستوى تنفيذ وكالته ، ويندرج ذلك في حرصه على تمكينه من ممارسة أوتحقيق أسعار تنافسية مقارنة مع الموزعين الآخرين. غير أن الوكيل التجاري يمكنه قبول تمثيل وكلاء جدد دون إذن موكله، إلا أنه لا يستطيع قبول تمثيل شركة تجارية منافسة لشركة موكله دون موافقة هذا الأخير (1).
وسنتناول تنفيذ الوكالة التجارية بشيء من التفصيل ، وذلك في آثار الوكالة.

ثانيا ـــ إثبات عقد الوكالة التجارية .

لم يشترط المشرع طبقا للقواعد العامة ، أن يقع عقد الوكالة التجارية كتابة لأن الوكالة ترتبط بعقد أصلي يسعى الوكيل لإنجازه. فربط المشرع عقد الوكالة التجارية وهذا العقد أو العمل ، باشتراطه أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محله الوكالة.

---

(1) انظر :

GEORGE RIPERT et RENE ROBLOT . op . cit . p . 675

وتبعا لذلك ، إذا كان العقد محل الوكالة بيع عقار فيشترط أن يأخذ عقد الوكالة التجارية ذات الشكل المتطلب في عقد بيع العقار. وإذا كان العقد الأصلي عقد بيع شركة ، فيشترط أن يأخذ عقد الوكالة ذات الشكل.
وهذا ما أكدته المادة 572 مدني جزائري التي نصت على: ((يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك)).
أما إذ اكان التصرف القانوني الأصلي لا يخضع لمثل هذه الإجراءات ، فإنه يخضع للقواعد العامة في الأعمال التجارية وهي الإثبات بجميع الوسائل. ويقع عبء الإثبات على من يدعي سواء الوكيل أو الموكل(1) .

والملاحظ أن أهمية التفرقة بين الوكالة التجارية والوكالة المدنية ، تكمن في قضايا الإثبات بالنظر الى قيمة التصرف . فالأعمال المدنية لا تجيز مبدأ الإثبات إلا بالكتابة في حبن أن الأعمال التجارية ، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الوكالة التجارية إلا في حالات العقود المنصوص عليها في المواد . 324 - 1/324 - 2/324 - 3/324 . أي العقود الرسمية ، فهذه يجب إثبات الوكالات الواردة عليها بشكل رسمي وإلا كانت باطلة (2) .

ثالثا ــ آثـــــار عقد الوكالة التجارية.

لم يتعرض المشرع الجزائري الى آثار الوكالة التجارية ، مما يدعونا بالرجوع الى قواعد القانون المدني ، وكذا العرف التجاري واتفاق الطرفين . وتتلخص التزامات الوكيل بجملة من النقاط يجب عليه مراعاتها واحترامها لثناء القيام باعمال الوكالة (1) كما تتلخص التزامات الموكل ايضا في عدد من من النقاط يستوجب عايه القانون العمل بها ، وذلك تنفيذا لشروط الوكالة التي تمت بينها ، والسهر على تسهيل الأمور للوكيل للقيام بعمله حسب ما جاء به الإتفاق (2) .

---

(1) انظر :
د / رضا عبيد ، القانون التجاري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، الطبع الخامسة ، ص . 189 .

(2) انظر :
مجلة الموثق ، الرجع السابق ، العدد ، 4 ، ص . 43 .

1 - إلتزامات الوكيل.

تتمثل إلتزامات الوكيل في تنفيذ الوكالة دون تجاوز الحدود المرسومة(أ) حدود معيار إلتزام الوكيل (ب) موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم الحساب (ج) عدم جواز إستعمال مال الموكل لحساب الوكيل(د).
إنهاء الوكالة في الوقت المناسب (ه) .

أ ــ وجوب تنفيذ الوكالة دون تجاوز الحدود المرسومة.

القاعدة العامة تقضي بالإلتزام الوكيل بحدود الوكالة ونطاقها والقيام بالواجبات التي حددها الموكل. فإذا كانت الوكالة تنصب على بيع عقار معين (المادة 575 تقنين مدني جزائري) ، فلا يجوز للوكيل إحداث رهن على نفس العقارأو أن يعيره إلا شخص أو أشخاص عامة أو خاصة . أما إذا كان تجاوز الحدود في صالح الموكل، كان التجاوز صحيحا مثل : بيع عقار بثمن أعلى من الثمن الذي حدده الموكل . إلا أن الفقرة الثانية من النص القانوني اباحت للوكيل الخروج عن الحدود المرسومة في الوكالة بشرطين إثنين:

الشرط الأول:

صعوبة إخطار الوكيل للموكل حول التجاوز الحاصل في حدود الوكالة . فإذا تعذر على الوكيل إخبار الموكل بتعديل الإلتزام المحدد في الوكالة سواء بالزيادة أو النقصان وتبين من ظروف الحال أن الوكيل لم يستطع إخبار الموكل في ظرو ف ملائمة بالتعديل ، كان التعديل صحيحا (1).

الشرط الثاني :

تجاوز حدود الوكالة كان لازما ،إذا تبين من ظروف التصرف الذي قام به الوكيل الموافقة عليه من طرف الموكل كان التعديل صحيحا.

ب ــ حدود معيار إلتزام الوكيل.

الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة على الوجه الذي يبذله الرجل العادي . فإذا كان الإلتزام هو تحقيق نتيجة كما في البيع والرهن ، كانت العناية الواجب بذلها هي عناية الرحل العادي الحريص. أما إذا كان موضوع الوكالة هو بذل عناية كوكالة المحامي أمام القضاء، فإنه من واجب الوكيل القيام باليقظة اللازمة لتحقيق الغرض من الوكالة (2) .

---

(1) انظر :
مجلة الموثق ، المرج السابق ، العدد ، 4 ، ص . 44:

(2) انظر:
المادة ، 576 ، من القانون المدني الجزائري.

ج ــ موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم الحساب.

والمقصود بالحساب هو تقديم نتائج الأعمال المكلف بها والنفقات التي أنفقها بمناسبة القيام بتلك الأعمال حتى يتمكن الموكل من الوقوف على حقيقة المجهودات التي بذلها والمشاكل التي واجهها االوكيل أثناء تنفيذ الوكالة والوقوف على مدى نجاحه أو فشله في المهمة الموكولة إليه تفاديا للأخطاء والتقصير الممكن حصوله . فتبادل المعلومات مع الموكل ومشاوراته في كل كبيرة وصغيرة، حتى لا يقع الوكيل تحت طائلة المسؤولية التقصيرية . كما يجب على الوكيل أن يرد إلى الموكل كافة الوثائق والمستندات والعقود التي إستعملها أثناء تنفيذ الوكالة (1) .

د ـ عدم جواز إستعمال مال الموكل لحساب الوكيل.

القاعدة العامة تقضي بأن الوكيل ملزم بحفظ أموال الموكل وعدم إستعمالها إلا عند الضرورة القصوى ، فيما يرجع على الموكل بالفائدة . وإذا حدث وأن إستعمل الوكيل أموال موكله لصالح نفسه ، فإن هذا التصرف لا يجوز شرعا إلا إذا أجازه الموكل صراحة أو ضمنا ، وهذه قاعدة ليست من النظام العام ،فيجوز للوكيل مخالفتها(2).

ه ـ إنهـــــــاء الوكالة في الوقت المناسب.

جرت العادة على أن الوكيل يجب أن يتم العمل الذي بدأه في الوقت المناسب ،وإذا كانت الوكالة مخولة لصالح اجنبي وجب عليه إعطاؤه وقتا لازما وإمهاله المدة الكافية لتوفير الوسائل اللازمة لحفظ مصالحه. فإذا قصر الوكيل في ذلك كان مسؤولا عما أصاب الموكل من ضرر وخسارة . وتطبق عليه في هذا الشأن أحكام المسؤولية التقصيرية . فإذا مات الوكيل وكان موضوع الوكالة لا يتحمل البطء أو كان سريع التلف ، وجب على الورثة أن يتموا عمل مورثهم ويخبروا الموكل بذلك (3) .

---

(1) انظر:
المادة ، 577 ، من القانون المدني الجزائري.

(2) انظر :
المادة ، 578 ، من القانون المدني الجزائري.

(3) انظر :
مجلة الموثق ، المرجع السابق ، العدد ، 4 ، ص . 44

2 ـــ إلتزامات الموكل.

يلتزم الموكل بمجموعة من الإلتزامات نجملها في دفع أجرة الوكيل (أ) رد النفقات والمصروفات (ب) التعويض عن الضرر (ج).

أ ــ دفع أجرة الوكيل.

يتقاضى الوكيل نظير خدماته التي يقدمها إلى الوكيل ، عمولة . بحيث تختلف هذه العمولة مع عدد وقيمة الأعمال التي يقوم بها الوكيل. وبالتالي فله الحق في عمولة على كل العمليات التي قام بها بفضل مجهوداته سواء أثناء أو بعد إنتهاء عقد الوكالة.
وتستحق العمولة، أثناء فترة العقد وذلك عندما ينعقد العقد بين الطرفين والغير وذلك بفعل التدخل المباشر للوكيل إذا كان مكلفا بقطاع جغرافي معين أو مكلف من مجموعة من الأشخاص . ففي هذه الحالة ، يكون له الحق في عمولة على اية عملية قام بتنفيذها مع زبون ينتمي على هذا القطاع أو إلى هذه المجموعة.
أما بالنسبة للعمليات التي تم تنفيذها بعد توقيف العقد ، تستحق العمولة في هذه الحالة، عندما تتم العملية بصفة أساسية بواسطة نشاط الوكيل الذي يكون نفذها ، في وقت معقول بعد توقيف العقد (1) .

ب ـ رد النفقات والمصروفات.

إذا كلف تنفيذ الوكالة مصروفات ونفقات من جراء قيامه بتنفيذ الوكالة ، كان الموكل ملزما برد هذه المصروفات والنفقات ، بشرط أن يكون مبررا بكشوف وفواتير وإيصالات. ويجب أن تكون هذه المصروفات والنفقات من ضروريات تنفيذ الوكالة، وأن تكون هذه النفقات مشروعة . فلو دفع الوكيل مصروفات غير مستحقة من جراء تنفيذ الوكالة أو قام بنفقات غير مبررة ، إمتنع الموكل عن دفعها ولكن إذا أثبت الوكيل أنه ماكانت الوكالة أن تنفذ لولا هذه المصروفات والنفقات وكانت مشروعة ، فإن الموكل ملزما بردها إلى الوكيل (2) .

---

(1) انظر :

G. RIPERT ET RENE ROBLOT . op . cit . p. 676

(2) انظر :

مجلة الموثق، المرجع السابق ، العدد ، 5 1998 ، ص. 41 .

ج ـــ التعويض عن الضرر.

إذا كان الضرر ناتجا من تنفيذ الوكالة وكان الوكيل غير مخطىء لتنفيذ الوكالة إلتزم المكل بتعويض الضرر الذي لحق الوكيل من جراء تنفيذ الوكالة . فإذا وكل الموكل الوكيل بتسيير سيارة ما وصدم بها شخص وكانت سياقته معتادة إلتزم الموكل بتعويض الأضرار التي لحقت الوكيل . ولكن الموكل لا يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق الوكيل إلا إذا أثبت الوكيل عدم إرتكاب أي خطأ ، لأن مصدر الإلتزام بتعويض الضرر هو عقد الوكالة . وترجع جميع هذه الأمور إلى قاضي الموضوع.

أما إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للإنقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء لا يسألون عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها (1) .

رابعا ـ إنتهاء عقد الوكالة.

عقد الوكالة التجارية قد يكون محدد المدة أو غير محدد المدة .

فإذا كان العقد محدد المدة ، تنتهي الوكالة بين الوكيل والموكل بإنتهاء المدة الزمنية المقررة في الوكالة (المادة 586 تقنين مدني جزائري وتقابلها المادة 11 فقرة 1 من قانون 25 جوان 19991 الفرنسي) . كما في وكالة إدارة محل تجاري لمدة سنة مثلا . فبمجرد إنتهاء تلك المدة تعتبر الوكالة منتهية إلا إذا استمر الوكيل في الإدارة وسكت الموكل عن ذلك ، ففي هذه الحالة تعتبر الوكالة محددة ضمنيا وسواء كان الأجل محددا في الوكالة أو غير محدد ، كما إذا وكل شخص شخصا آخر على القيام بإدارة ورشة مدة حياته، ففي هذه الحالة لا تنتهي الوكالة إلا بموت الموكل إذا لم يقم بعزل الوكيل أثناء حياته، فالأجل هنا تقديري غير معروف ولكنه محدد بتوقف حياة الموكل.

أما إذا كانت الوكالة غير محددة المدة، فلا يمكن لأي من الطرفين أن يضع حدا لإنهائها ، إلا بواسطة إشعار مسبق، إذ تتحدد هذه المدة بشهر بالنسبة للسنة الأولى وشهرين بالنسبة للسنة الثانية ثم وأخيرا ثلاثة أشهر بالنسبة للسنة الثالثة(2) .

وتنتهي الوكالة أيضا بالأسباب العامة لإنتهاء الوكالة ، حيث تنتهي بإتمام العمل موضوع الوكالة أو بموت الموكل أوالوكيل ، كما تنتهي أ يضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل(3).

---

(1) انظر:

مجلة الموثق ، المرجع السابق ، العدد، 5 ، 1998 ، ص . 43

(2) انظر :

G. RIPERT ET RENE ROBLOT . op . cit. p . 676

(3) انظر:

المادة ، 586 من القانون المدني الجزائري .

وهكذا نكون قد عرضنا في هذا الفصل ، الأعمال التجارية ، من خلال التعريف بها ، بداية بتوضيح مفهومها ، وانواعها المختلفة وتحديد ضوابطها المتعددة ، وخاصة الضوابط الموضوعية والشخصية ، والتي تسلط الضوء اكثر على التعريف بها .

ثم بعدها تكلمنا عن الأسس الجوهرية التي يقوم عليها تعريفنا للأعمال التجارية فتعرضنا بالدرجة الأولى ، الى اشكالية تعريف العمل التجاري ،والأساس المشترك لهذه الأعمال ، بعدها انتهينا الى اعادة النظر في البناء التقليدي للأعمال التجارية .
ومن خلال عرضنا للأعمال التجارية ، توصلنا االى تقسيماتها وانواعها المختلفة حيث قسمناها الى اعمال بطبيعتها وبالتبعية ، واعمال بحسب الشكل واخيرا اعمالا مختلطة.

وحتى نستطيع التمييز بين الأعمال التجارية وبين الأعمال المدنية ، حاولنا التعرض للنظام القانوني لها ،والتي تتمثل في احكام خاصة بها،ومن بين هذه الأحكام، الإختصاص القضائي بنوعيه ، الإختصاصا النوعي والإختصاص المحلي ، والإثبات والإستثناءات الواردة عليه.

اما الأحكام العامة المتعلقة بالإلتزامات التجارية ، قسمناها بدورها الى قواعد خاصة بتنفيذ الإلتزامات ، وقواعد خاصة بالحماية القضائية.

يليها تم التعرض الى مبدا الرضائية على ضوء دراسة بعض العقود التجارية.
تحدثنا في مقام اول عن دور الرضائية في كيفية تحرير كل من عقد النقل وعقد الوكالة التجارية. اذ ركزنا على انه في مثل هذه العقود ، يكفي ان يتطابق الإيجاب مع القبول وينعقد العقد صحيحا دون حاجة الى افراغه في شكل معين ففي عقد النقل ، قمنا بتعريفه وتمييزه عن العقود الأخرى ، وخصائصه المتنوعة، طريقة تكوينه وكيفية اثباته ، واخيرا آثاره من جانب كل من المرسل والناقل.

اما عقد الوكالة التجارية ، عرضنا من خلاله وظائفه المتعددة طبعا بعد تعريفه، وتمييزه عن عقد الوكالة المدنية وذلك في عدة جوانب.
بالإضافة الى كيفية تنفيذه وطرق اثباته وآثاره بالنسبة لكل من الوكيل والموكل، واخيرا انتهاء عقد الوكالة التجارية.

الفصل الثاني :

الشكلية كعامل حتمي في بعض الأعمال التجارية.

الشكلية ليست إلا حركة أو تغيير يحدث في العالم الخارجي . والعمل القانوني ليس إلا شكلا ، وهويتكون من عنصرين .
العنصر الأول يسمى النشاط والعنصر الثاني يسمى بالحدث . وكل نشاط يؤدي إلى حدث لأنه يؤدي إلى التغيير في العالم الخارجي ، وكل حدث يفترض وجود نشاط أو حركة تؤدي إليه ، ويطلق على العنصر الأول الشكل في حين يطلق على العنصر الثاني المضمون ـ فالمشرع ـ قد يلجأ إلى تحديد الوقائع القانونية التي يرتب عليها الأثر القانوني في مضمونها . بصرف النظر عن الوسيلة التي تم بها التعبير عن هذا المضمون . غير أن المشرع قد لا يقتصر على تحديد المضمون بل يتعداه إلى تحديد الوسيلة (الشكل) الذي يجب أن يتم فيه العمل القانوني ، كوجوب أن يتم عقد بيع محل تجاري أمام موثق. إذن فالشكل هو الوسيلة القانونية التي يتم بها تحقيق المضمون . ويتوقف وجود العمل القانوني على هذه الوسيلة .

و بعبارة أخرى فإن الشكلية هي عنصرخارجي قد يشترطه القانون أن يضاف إلى العناصر الموضوعية (وهي التراضي - المحل - والسبب) التي يتكون منها العمل القانوني . فيسمى العمل الخارجي الذي يضاف إلى العناصر الموضوعية بالوسيلة أو الشكل القانوني .

إذن فالشكلية هي عبارة عن عنصر خارجي يشترط القانون أن يضاف إلى العناصر الموضوعية التي يتكون منها العمل القانوني . وهذا العنصر الخارجي قد يكون الكتابة والتي بدورها يمكن أن تكون كتابة رسمية أو كتابة عرفية وقد تكون شهادة الشهود أو ظرف زمان أوظرف مكان ، بحيث يجب أن يتم فيها العمل القانوني لترتيب اثر معين. وبالتالي يعتبر العنصر الخارجي الذي يجب أن يضاف إلى العناصر الموضوعية التي يتكون منها العمل القانوني شرط لوجوده (ركن فيه).
وتنحصرالشكلية في الكتابة الرسمية في بعض التصرفات القانونية ، بحيث تعتبر كركن رابع في العقد وتخلفها يبطله . في حين نجد القانون في بعض الأحوال يتطلب توافرشكلية معينة تتمثل في بعض البيانات الإلزامية التي تحتوي عليها السندات التجارية ، بحيث لا يصح السند إلا بوجودها . كما اخضع القانون بعض الأشخاص الذين يمارسون الأعمال التجارية إلى الإمتثال إلى بعض الأحكام القانونية في أعمالهم اليومية حتي يمكنهم بذلك الحصول على الصفة القانونية التي يرغبون فيها. وتبعا لذلك سيخصص دراسة الشكلية كعامل حتمي في وجود بعض الأعمال التجارية ، في (مبحث اول) ثم نتناول الشكلية كعامل حتمي في بعض العقود التجارية(مبحث ثاني).

المبحث الأول:

الشكلية كعامل حتمي في إلتزامات التاجروالسفتجــــــة.

هناك من الأعمال التجارية التي يقوم بها التاجرفي حياته اليومية إذ نراها لا تخلو من الشكلية التي فرضها القانون فيها . حيث تطلب القانون من الأشخاص الذين يريدون ممارسة التجارة أن يلتزموا لأحكامها إلتزاما محكما ، إذ تتمثل هذه الشكليات في إلتزامات عديدة ذكرها القانون وحث التاجر على إتباعها، وياتي ذلك في (مطلب اول) سوف أتناوله بالدراسة في(مطلب اول). كما ضمن القانون بعض السندات التجارية والتي تتمثل في السفتجة، جملة من البيانات المهمة تضفي الطابع القانوني على هذا السند،إذلا يعد صحيحا إلا بإحتوائها، ويكون ذلك في (مطلب ثاني) .

المطلب الأول:

الشكلية في إلتزامات التاجر وجزاء الإخلال بها.

يرتب القانون على إكتساب صفة التاجر ، إلتزامات قانونية وهي عبارة عن شكليات يقوم بها التاجر إزاء المصالح الحكومية ، حتى يضمن ممارسة التجارة بطريقة قانونية ، تعفيه من المشاكل التي يمكن له مصادفتها يوميا . إذن فلا بد للتاجر أن يقوم بهذه الإجراءات الشكلية على الوجه الأكمل وذلك في بداية نشاطه التجاري . ويكون ذلك في(فرع اول) . وفي حالة عدم إلتزام التاجر بهذه الشكليات الضرورية التي يقو م عليها نشاطه التجاري ، سيتعرض لجملة من الجزاءات وذلك نتيجة إخلاله بإلتزاماته (فرع ثاني) .

الفرع الأول :

إلــــــتزامات التاجر الشكلية.

تحقيقا للسرعة التي لاتقوم التجارة بدونها وتنظيما للحرفة التجارية على نحو يعود بالفائدة على التاجر وعملائه والخزانة العامة على السواء ، فرض المشرع على التاجر بشكل خاص ، إلتزامات قانونية وهي الإلتزام بمسك الدفاتر التجاترية (اولا) ثم الإلتزام بالقيد في السجل التجاري (ثانيا) .

أولا : الإلتزام بشكلية مسك الدفاتر التجارية.

يحتاج كل رب مشروع تجاري إلى الوقوف على مركزه المالي بصفة منتظمة

ذلك أن التاجر في سعيه إلى تحقيق الربح ، فلا بد عليه إتخاذ القرارات الإقتصادية اللازمة لتحقيق هذا الهدف . ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق المعرفة الدقيقة لمركزه المالي .
ومن البديهي ألا يظل التاجر مختزنا جميع عناصر المشروع في ذاكرته، وإنما يحتاج إلى التعبيرالكتابي عن مختلف هذه العناصر ، خاصة أن دورة رأس المال في النشاطين الصناعي والخدمي سريعة وتتكاثر وتتلاحق مع عمليات تحقيق شروط الإنتاج وتسويق المنتجات. ومن هنا ظهرت الأهمية الجوهرية للدفاتر التجارية التي يمسكها التجار في هذا الصدد والتي يطلق عليها الدفاتر التجارية .
ويمكن تفسير إتجاه المشرع بأنه يمكن ترتيب آثار قانونية هامة على مسك الدفاترالتجارية ، كربط الضريبة على البيانات الواردة فيها، أو إستخلاص القضاء لحسن نية التاجر من إنتظامه في مسك الدفاتر التجارية ، وذلك في مواد الإفلاس . بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه الدفاتر التجارية في الإثبات.
ويلتزم بمسك الدفاتر التجارية أي شخص يحمل صفة التاجر . ويعفى بعض التجار الصغار من هذا الإلتزام وذلك لما تتطلبه من وقت وتكاليف باهظة لا يستطيعون تحملها ولا تتناسب مع الفائدة التي تعود عليهم من مسك هذه الدفاتر.
و مما يجب الإشارة إليه أنه توجد هناك أنواع مختلفة من الدفاتر التجارية ، الدفاتر الإختيارية ، ويعتبر التاجر حر في مسكها إذا رآها أنها مناسبة لطبيعة تجارته. ومن بين هذه الدفاتر ، دفتر الأستاذ ودفتر المبيعات ودفاتر أخرى . على ،أنه ليس لهذه الدفاتر قوة الإثبات الكاملة التي أعطاها المشرع للدفاتر الإلزامية (1) .
أما الدفاتر الإلزامية فيتحتم على التاجر إمساكها وهو ما يهمنا في هذه الدراسة وتتكون هذه الدفاتر من دفتر الجرد (1) ودفتر اليومية (2) .

1 ـ دفـــــــتر اليو مية .

دفتر اليومية لأصلي هو من أهم الدفاتر التجارية إذ تقيد فيه جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، بحيث يتم هذا القيد يوما فيوما وبالتفصيل المادة 9 من القانون التجاري الجزائري و(تقابلها المادة 22 فقرة 1 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999) من القانون المصري.
ويجب على كل تاجر أن يكون له دفتر يومية يشتمل على بيان ما عليه من الديون وعلى بيان أعمال تجارته ، وبيان ما أشتراه أو باعه أو قبله أو أحاله من الأوراق التجارية ، وعلى بيان جميع ما قبضه وما دفعه.
ودفتر اليومية يعتبر هو أساس حسابات التاجر لأنه يعد بمثابة محضر يفصل فيه التاجر كل العمليات التي يخرجها في يومه ولو لم تكن متعلقة بأشغاله كالهبات والتبرعات والمصاريف التي ينفقها على بيته.

---

(1) انظر:
CLAUDE DUPOY , précis de droit commercial , fonds de commerce , contrats commerciaux , effets de commerce , tome ,1 , dunod , paris , 1976, p . 92

ولا يتطلب القانون تفصيلا لها فيكفي ذكرها فقط (1) .
ويعتبر قيد العمليات التجارية في دفتر واحد قد يكون محلا للإرتباك في المنشآت الكبيرة التي تدار فيها هذه العمليات ، مما يؤدي بالتاجر إلى تخصيص دفاتر يومية مساعدة لكل نوع منها . لذلك سمحت الفقرة 2 من المادة 22 من قانون التجارة المصري السابق الذكر للتاجر، إذا إستلزمته طبيعة تجارته أو أهميتها، أن يستعمل دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل الأنواع المختلفة من العمليات التي يقوم بها.
وتتعدد هذه الدفاتر تبعا لطبيعة المنشأة ومدى إحتياجاتها ، كأن يوجد دفتر يومية للمشتريات وآخر للمبيعات وثالث للصندوق .
وإذا أمسك التاجر دفاتر يومية مساعدة ، فلا حاجة به لأن يقيد عملياته التجارية بالتفصيل في دفتر اليومية الأصلي ، وإنما يكتفي في هذه الحالة بتقييد إجمالي لهذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر ، كأن يكون ذلك مرة واحدة كل شهر (2) .

2 ـ دفتـــــــــــر الجـــــــرد.

تناولت المادة 10 من القانون التجاري الجزائري وتقابلها (الفقرة الأولى من المادة 23 من قانون التجارة المصري) السالف الذكر، مايتم قيده في دفتر الجرد، فتضمنت أن يقيد في دفتر الجرد تفصيلا عن البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها ، إذا كانت تفصيلاتها واردة بدفاتر أو قوائم مستقلة . وفي هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءا متمما لدفتر الجرد الأصلي . وذكرت نفس المادة بأنه يجب على التاجر أن يقيد في دفتر الجرد صورة من الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر ، كما يقوم بجرد أمواله المنقولة والثابتة كل سنة ، ويحصر ما له وما عليه من ديون ، ويقيد صورة قائمة الجرد المذكور في دفتر يعد لذلك ، زيادة على دفتر اليومية ودفتر المراسلات . وعلى ذلك لا يقوم التاجر بعمل الجرد إلا مرة واحدة في السنة إذ يدون النتيجة في دفتر مخصوص . ولا يلزم القانون التاجر بعمل جرد عند البدء في التجارة ، ولكن جرى العرف على أن التجار يقومون بهذا الجرد لأنه مفيد ، إذ يستطيع به التاجر أن يذكر النقطة التي بدأ منها .
ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجب عدم الخلط بين الجرد والميزانية .
فالجرد هو عملية سرد لموجودات المتجر وما للتاجر وما عليه من ديون.
أما الميزانية فهي قائمة تمثل الموقف السلبي والموقف الإيجابي لحالة التاجر المالية (3) .

-(1) أنظر :
د / عبد الحميد الشواربي ، نظرية الأعمال التجارية والتاجر وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 ، ص. 73
(2) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 118
(3) أنظر :
د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص . 73

1 ـ تنظيـــــم مسك الدفاتر التجارية.

يخضع مسك الدفاتر التجارية لأحكام خاصة نصت عليها المادة 11 من القانون التجاري الجزائري و(تقابلها المادة 25 من قانون التجارة المصري الجديد) ويقصد بها كفالة إنتظامها وضمان صحة ما ورد فيها من بيانات، وذلك نظرا لما لهذه الدفاتر من أهمية في الإثبات أمام القضاء أو ربط الضرائب على التاجر أو بيان مركزه المالي كما جاء ذكره أعلاه .
فأوجبت المادة 11 المذكورة أعلاه أن تكون الدفاتر التجارية خالية من أي شطب أو محو أو كتابة في الهوامش أو بين السطور. وقد قصد بذلك المشرع منع تغيير بيانات الدفاتر عن طريق الكشط ـ الشطب ـ أو التحشير بين السطور ، ومنع الإضافة إليها عن طريق الفراغ . وإذا اراد التاجر تصحيح بيان خطأ كان ذلك بكتابة أخرى في تاريخ كشف الخطأ . وأضافت ذات المادة ، بأنه يتعين قبل إستعمال دفتري الجرد واليومية ، أن ترقم كل صفحة .

والحكمة من هذا الإجراء هو صون الدفاتر والبقاء على حالتها دون إزالة صفحات منها أو إخفاء أو إستبدال بعضها بغيرها أو بإعدامها بأكملها. وذلك حتى يستطيع القضاء الإطمئنان إليها أثناء الإثبات ونص القانون أيضا على وجوب تقديم دفتري الجرد واليومية في نهاية السنة المالية للتاجر، إلى مكتب السجل التجاري للتصديق على عدد الصفحات التي أستعملت خلال السنة. وعند إنتهاء صفحات الدفترين ، يجب على التاجر تقديمها إلى مكتب السجل للتأشير عليها بما يفيد إنتهاء صفحاتها (1) .

ونلاحظ بأنه مع التطور العلمي الهائل الذي يشهده العالم في هذه الفترة ، بأنه ظهرت تقنيات جديدة لمسك الدفاتر التجارية ، تتمثل في الحسوب الذي أصبح هو التقنية الوحيدة والرفيعة لشتى الأنشطة.
و توجب المادة 12 من القانون التجاري الجزائري و(تقابلها المادة 26 من قانون التجارة المصري) على التاجر وورثته أن يحتفظوا بالدفاتر التجارية لمدة 10 سنوات .

يتضح من هذا النص أن التاجر ملزم وورثته بالإحتفاظ بالدفاتر التجارية خلال 10 سنوات سواء كان مستمرا في مزاولة الأعمال التجارية أو كان قد إعتزل التجارة، لأنه من مصلحته أن يحتفظ بدفاتره لمدة أطول وذلك حتى تنقضي جميع الحقوق الثابتة بها . علما بأن الدفاتر التجارية تحتفظ بقوتها في الإثبات مادامت موجودة.

-(1) أنظر :
د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص . 77

2- حجـــــية الدفـــاتـــــر التجارية في الإثبات.

ذكر فيما سبق أن مسك الدفاتر التجارية يعبر عن مصلحة التاجر للوقوف على مركزه المالي ، وقدرته على إتخاذ القرارت الخاصة بالتجارة على ضوء ذلك المركز. وتبعا لذلك فرض المشرع إلتزاما على عاتق التجار بمسك الدفاتر التجارية ، إذ اعترف لها بدور مهم في مجال الإثبات (1) .
فالتاجر يستطيع الإستناد إلى البيانات المدونة في دفاتره لإثبات دعواه أو لنفي قرائن بسيطة ضده. كم يمكن إثبات دعاوي الغير عليه إستنادا إلى ما ورد في دفاتره من بيانات .

أ ـ حجـــية الدفـــــاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر.

الأصل أنه لا يجوز للشخص أن ينشىء دليلا لنفسه. ولكن القانون خرج عن هذا الأصل ونص في المادة 13 تجاري جزائري و(تقابلها المادة 17 من القانون المصري الجديد) على أنه : ((يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوي التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونا)).
و إضفاء هذه الحجية على الدفاتر التجارية ومنح التاجر حق التمسك ببيانات دفاتره لمصلحته، إنما أملته الثقة والسرعة اللتين تتصف بهما الأعمال التجارية ، مما يدعو التاجر في كثير من الأحوال إلى الإكتفاء بتدوين ما يقوم به من عمليات في دفاتره ، دون أن يهتم بالحصول كتابة مثبتة لحقه.
وتختلف حجية هذه الدفاتر بإختلاف ما إذا كان الخصم تاجرا أم غير تاجر .
فإذا كان الخصم تاجرا ، أوجب القانون توافر شروط معينة :

أـ يجب أن يكون الخصم الذي يتمسك بالدفاتر التجارية تاجرا هو الآخر .

أي أن تكون الدعوى بين تاجرين وكلاهما ملزما بمسك الدفاتر التجارية . وبذلك يتيسر للقاضي التحقق من البيانات عن طريق مضاهاة أو مقارنة كل من الخصمين وذلك لإستخلاص الحقيقة من سطورها. فإذا تطابقت الدفاتر فلا صعوبة في الأمر، إذ يكون تمسك التاجر ببيانات دفاتره على أساس سليم.
أما إذا إختلفت الدفاتر يجوز للمحكمة ترجيح دفاتر أحدهما ،إذا كانت منتظمة عاى دفاتر الطرف الآخر غير المنتظمة (2) .

---

(1) أنظر :
د / هاني محمد دويدار ، الرجع السابق ، ص. 244
(2) أنظر :
د أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، الجزء الأول، المطبعة العربية الحديثة ، 1978 ، ص. 147

ب ـــ يجب أن يكون النزاع ناشئا عن عمل تجاري بالنسبة لكل من الخصمين.

ومثاله إذا باع التاجر بضاعة لتاجرآخر من اجل تحقيق الربح . أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للتاجر المدعى عليه ، كما إذا إشترى بضاعة لإستعماله الخاص . ففي هذه الحالة لا يجوز الإحتجاج عليه بالدفاتر التجارية (1) . والعلة في ذلك أن المصروفات الشخصية التي ينفقها التاجر على نفسه وعائلته ، تذكر إجمالا في دفتر التاجر ، مما يتعذر معه مضاهاة دفاتر كل من التاجرين.

ج ـ يجب أن تكون الدفاتر منتظمة.

تعتبر الدفاتر التجارية منتظمة إذا كان التاجر قد إتبع القواعد الواردة في نص المادتين 11 و12 من القانون التجاري والمتعلقة بكيفية مسك الدفاتر التجارية . ولقد أوجب المشرع أن تكون هذه الدفاتر منتظمة لإمكان الإحتجاج بها، لأنه يمكن إفتراض صحة البيانات المدونة فيها متى روعيت القواعد القانونية في شأنها (2) .

ب ـ حجيـــــة الدفاتر التجارية في الإثبات ضد مصلحة التاجر.

في هذه الحالة تكون دفاتر التاجر حجة عليه بما يدونه فيها، سواء كان الخصم الذي يتمسك بها تاجر أم غير تاجر، وسواء كان الدين تجاريا أم مدنيا، وسواء كانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة.

وتفسر حجية الدفاتر على صاحبها بأن البيانات الواردة فيها تعد بمثابة إقرار كتابي من طرف التاجر. وأساسا لذلك يجب تطبيق قاعدة عدم تجزئة الإقرارلأن خصم التاجر في تمسكه بالدفتر التجارية، إما أن يعتمد عليها كلية في إستخلاص ما يدعيه وإما يتركها كليا. وتأسيسا لذلك لا يجوزله أن يجزئها ويأخذ منها ماهو في صالحه ويستبعد منها ما يكون مناقضا لدعواه (3) . ومناط تطبيق قاعدة عدم تجزئة الإقرار بشأن ما يرد بدفاتر التجار من قيود وبيانات، هو أن تكون هذه الدفاتر منتظمة. فإذاكانت الدفاتر غير منتظمة ، فللقاضي أن يقدر مضمونها دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار المادة 330 فقرة 2 مدني جزائري و(تقابلها المادة 17 فقرة 2 من القانون المصري) .

---

(1) أنظر:
المادة . 13 من القانون التجاري

(2) أنظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق، ص . 245

(3)

إذا توافرت الشروط الثلاثة المتقدمة ، جاز للقاضي أن يعتد ببيانات هذه الدفاتر كدليل كامل لمصلحة التاجر على خصمه. على أن القاضي لا يلتزم بالأخذ ببيانات دفاتر التاجر كدليل قاطع في الإثبات، بل أن ذلك أمر جوازي بالنسبة له. وإذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالفاتر دليلا جديا مقنعا على العكس ما جاء في هذه الدفاتر ، فقدت هذه الدفاتر حجيتها في الإثبات . وللخصم أن يسلك في ذلك جميع طرف الإثبات بما فيها البينة والقرائن .

ج ـ تقديم الدفاتر التجارية كإثبات للقضاء .

بما ان المجال التجاري يتميز بحرية الإثبات ، فقد ألزم المشرع بقيد العمليات المتعلقة بنشاطه التجاري في دفاتر خاصة بذلك، بحيث منح الدفاتر أهمية بالغة في مجال الإثبات حتى تسهل هذه الدفاتر بما تحتويه من بيانات كشف الحقيقة ، لاسيما إذا كان خصم التاجر تاجرا أيضا، فتجري عملية المقارنة بين دفتركل منهما للإطلاع على هذه الحقيقة.

لذا نظم المشرع كيفية الإعتماد على هذه الدفاتر في الإثبات. ومن خلال الأحكام التي وردت في التقنين المدني والتجاري، يتضح أن دفاتر التجار تقدم كدليل للإثبات.

والأمر جوازي بالنسبة للقاضي وليس وجوبيا بحيث يجوز ألا يمنح لهذه الدفاتر اية أهمية في الإثبات ولو أمسكها التاجر بشكل منتظم حسب ما أقره القانون(1) . أما في حالة ما إذا منح القاضي لهذه الدفاتر أهمية في الإثبات، فهناك وسيلتان تقدم بهما هذه الدفتر للإثبات وهما:

أ ـ **التقديم:**

طبقا للمادة 16 من التقنين التجاري أنه يجوز للقاضي أن يقدم من تلقاء نفسه الدفاتر التجارية أثناء قيام النزاع ، وتستعمل هذه الطريقة في المنازعات التجارية والمدنية سواء كان الخصم تاجرا أو غير تاجر إستنادا إلى غموض النص. فللمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها دون طلب الخصوم حتى تطلع على الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة (2) . وتطلع عليه المحكمة بنفسها ، غير أنه غالبا ما تعهد المحكمة بمهمة الإطلاع إلى خبير تكلفه بذلك، كما قد تأمر بوضع الدفاتر لدى كتابة الضبط لفحصها من طرف قاضي منتدب لذلك.

وإطلاع المحكمة على الدفاتر التجارية يقع بحضور التاجر وتحت إشرافه. وفي حالة ما إذا امتنع عن تقديم دفاتره التي أمر القاضي بها، فيستخلص هذا الأخير قرينة لفائدة خصم التاجر و توجه له يمين متممة للنصاب . كما يجوز للقاضي أن يحمله على التنفيذ عن طريق فرض غرامة تهديدية عن كل يوم من أيام التأخير.

ب ـ **الإطلاع :**

تعتبر هذه الطريقةخطيرة لأنها تكشف أسرار التاجر عن طريق وضع الدفاتر تحت تصرف الخصم بقصد الإطلاع عليها . ولما كان هذا الإطلاع يؤدي إلى الكشف عن اسرار التاجر ، فإن المشرع لم يجزه إلا في أحوال معينة، نصت عليها المادة 15 من التقنين التجاري الجزائري بقولها :

((لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد الى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة وفي حالة الإفلاس)) .

---

(1) أنظر :

ALFRED JAUFFRET, OP , CIT , P . 414 ,415

(2) أنظر : د / سميحة القليوبي ، نظرية الأعمال التجارية ، التاجر ، الملكية الصناعية والتجارية ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الجزء 69 ، بيروت ، الدار العربية للموسوعات ، بدون سنة نشر . ص. 79 .

والنص العربي مطابق في هذا مع النص الفرنسي وهو :
)) la communication
des livres et inventaires ne peut etre ordonnee en justice que dans les affaires de succession partage de societe et en cas de faillite .)) .

ويؤخذ من نص هذه المادة أن الإطلاع على الدفاتر التجارية جائز في المنازعات التجارية بوجه عام .
والإطلاع أوسع مدى من التقديم . ولذا فإن توفى التاجر وقام نزاع بين الورثة ، جاز للقاضي إلزام الورثة الذين بحوزتهم دفاتر مورثهم ، إطلاع بقية الورثة عليها ، حتى يتمكن كل واحد منهم من معرفة نصيبه من القسمة.
وينطبق نفس الحكم في حالة حل الشركة ، إذ يجوز للقاضي أو المحكمة أن تأمر كل شريك بالإطلاع على الدفاتر التجارية ليتبين مقدار نصيبه.
أما في حالة الإفلاس فيجوز للسنديك الإطلاع على دفاتر التاجر المفلس لتحديد أصوله وخصومه حتى يتمكن من تأدية وظيفته .

هذه هي الأحوال المنصوص عليها في المادة 15 من التقنين التجاري السالفة الذكر، التي يجوز فيها الإطلاع على دفاتر التاجر في المواد التجارية.
وقد راعى المشرع في تقريرها أن الدفاتر في هذه الحالات تعتبر ملكا مشاعا لجميع أطراف الدعوى ، مما ينتفي معه الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها .
ولا يجوز الإطلاع على دفاتر التاجر في غير الحالات المتقدمة ، لأن المادة 15 تجاري جزائري، قد وردت على سبيل الحصر، ويجب تفسيره تفسيرا ضيقا إحتراما لأسرار عمليات التاجر (1).

بيد انه يجوز الإتفاق على جواز الإطلاع على الدفاتر في غير هذه الحالات ، إذ غالبا ما تشترط البنوك الإطلاع على دفاتر التاجر في حالة فتح الإعتماد. وتبعا لذلك نجد أن القانون يخول بعض الموظفين حق الإطلاع على الدفاتر التجارية . وأبرز مثال على ذلك قانون الضرائب على الدخل، إذ يلزم التجار أن يقدموا إلى موظفي مصلحة الضرائب عند كل طلب للدفاتر التي يقضي قانون التجارة بإمساكها للإطلاع عليها والتثبت من تنفيذ جميع الأحكام التي يقررها القانون بالنسبة لهم (2).
هذا ان دل على شيء وانما يدل على مدى لشكلية مسك الدفاتر التجارية من قيمة في حياة التاجر اليومية. حيث انها تعتبر شكلية جوهرية لابد من اتخاذها على محمل الجد وعدم الإستهانة بها ، نظرا لما تقدمه من مساعدة للتاجر اذا تعرض لنزاعات مع غيره من التجار.

---

(1) أنظر :
د / نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص. 142

(2) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، ص . 130

ثانيا : الإلـــــتزام بشكلية القيد في السجل التجاري.

يعتبر القيد في السجل التجاري ثاني إلتزام شكلي يقع على عاتق التاجر إذ يمثل نقطة إنطلاق بالنسبة لنشاطه التجاري . ونظام القيد في السجل التجاري معروف في أغلب تشريعات العالم ، غيرأن دوره يتأرجح بين الإتساع والإنكماش تبعا لما يصبغه عليه المشرع من أهمية . فبينما يعد القيد مجرد أداة للإستعلام والعلانية في التشريع المصري ، إلا أنه في فرنسا يقوم بدور قانوني مهم. أما في الجزائر فيقوم القيد في السجل التجاري بالإحصاء في المجال التجاري ، كما أعتبره المشرع أيضا أداة لترتيب الإشهارالقانوني .

1 ـــ الملزمون بالقيد في السجل التجاري.

إستنادا إلى الشروط القانونية المتعلقة بشروط القيد في السجل التجاري والواردة في نص المادة 19 من القانون التجاري و(تقابلها المادة 2 فقرة 7 من القانون التجاري المصري) والمادة 4 من المرسوم التنفيذي لسنة 1997 (1) ، لا يتحقق القيد في السجل التجاري إلا إذا توافرت شروط معينة وهي :

أ ـ يجب أن يكون التاجر شخص طبيعي أو شخص معنوي

ب ـ أن لا يكون التاجر من الأشخاص الممنوعين من ممارسة النشاط التجاري

ج ـ أن تتم ممارسة النشاط التجاري على التراب الجزائري

وفيما يلي نبدأ بشرح كل شرط من هذه الشروط على حدى.

الشرط الأول: يجب أن يكون الشخص تاجرا.

لا يلتزم بالقيد في السجل التجاري أصلا إلا التاجر ، فمن إكتسب صفة التاجر وجب عليه القيد في السجل التجاري ، سواء كان شخصا طبيعيا وهو التاجرالفرد أو شخصا معنويا كالشركة (2) . وعلى ذلك يستبعد من نطاق الإلتزام بالقيد في السجل التجاري ، الأفراد الذين يقومون بأعمال تجارية بصفة عارضة وعابرة، بحيث لا يتوافر في عملهم عنصر الإحتراف وبالتالي لا يكتسبون صفة التاجر .

الشرط الثاني : يجب أن لا يكون التاجر من الأشخاص الممنوعين من ممارسة النشاط التجاري ، ذلك ما قضت به المادة 13 من قانون التسجيل (3) .

---

(1) أنظر :

مرسوم تنفيذي رقم 97/ 41 مؤرخ في 09 رمضان 1417 الموافق 18 يناير سنة 1997 يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري

(2) أنظر :

هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 215

(3)

تنص المادة 13 من قانون التسجيل على أن: ((يجب على كل شخص طبيعي متمتع بالأهلية المدنية والحقوق الوطنية ويريد ممارسة نشاطا يخضع للقانون التجاري أن يصرح بذلك لدى الضابط العمومي المؤهل قانونا بمقتضى هذا القانون ، ويبين بوضوح وصراحة أنه يريد أن يمارس هذا النشاط طبقا للقانون وحسب الأعراف التجارية وأنه لم يكن موضوع تدبير يمنعه من ممارسة ذلك النشاط)).

فإن كان الشخص طبيعيا، فيجب أن يكون من الأشخاص الذين لم يمنعهم القانون من ممارسة التجارة ، بشرط لا يكون داخلا في إطار مهن حرة كالطبيب أو المحامي أو المهندس .

<u>الشرط الثالث: ممارسة النشاط على التراب الجزائري.</u>

لا يكفي مزاولة التجارة كي يلتزم التاجر بالقيد في السجل التجاري وإنما يشترط فضلا عن ذلك أن يكون له في الجزائر محل تجاري أو مكتب أو فرع أو مؤسسة (1) . وطبقا لذلك لا يلتزم المواطن الجزائري الذي يمارس التجارة في الخارج بالقيد في السجل التجاري . ويقصد بالمركز التجاري ، المكان الذي يوجد به ممارسة المعاملات التجارية ، وحدده المشرع بالمحل الرئيسي . وترتيبا لذلك لا يكون البائع المتجول الذي لا يرتبط بمركز ثابت، ملتزما بالقيد في السجل التجاري لأن مثل هؤلاء يدخلون في الغالب في طائفة التجار المعفيين من القيد (2) .

2 ـ إجراءات القيد في السجل التجاري.

على التاجر الفرد أن يتقدم بطلب القيد في السجل التجاري لدى كتابة ضبط المحكمة التي يقع بدائرة إختصاصها محله الرئيسي، وذلك خلال شهر من تاريخ شراء المحل التجاري (3) . وفي ما إذا كان للتاجر عدة مؤسسات موجودة في أماكن متعددة يجب أن يتم القيد حسب الأماكن المتواجدة فيها مؤسساته (4) .
ويتم طلب القيد مكتوبا وممضيا في ثلاثة نسخ مطبوعة في نماذج مقدمة من طرف كاتب الضبط ، وتختلف هذه النماذج حسبما إذا كان الطلب يخص التاجر أو الشركة (5) . علما أن القيد يتطلب عدة بيانات يجب مرعاتها من طرف مقدم الطلب وهي كالتالي :
ـ إسم التاجر ـ ولقبه ـ وتاريخ ومكان ميلاده ـ وجنسيته ـ وشهادة إقامته ـ الحالة المدنية ـ النظام المالي ـ المحل ـ نوع التجارة ـ عنوان وإسم المتجر ـ العلامة التجارية إن وجدت ـ أنواع النشاطات الممارسة ـ أصل المحل التجاري في حالة الإيجار الحر ـ هوية المؤجر ـ تاريخ ونهاية العقد وفي كل الأحوال إذا كان العقد قابلا للتجديد (6) .

---

(1) أنظر:
المادة 19 و20 من القانون التجاري

(2) أنظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 216

(3) أنظر :
د / محمد هاني دويدار ، المرجع السابق ، ص . 220

(4) أنظر :
ROGER HOUIN ET RENE ROBLOT , droit commercial tome ,1, 5eme edition , editions sirey , 1974, p . 139

(5) أنظر :
MICHEL PEDAMON , droit commercial et fonds de commerce , dalloz , 1994, p. 128

(6) أنظر:
DOMINIQUE LEGAIS , droit commercial , 11ème edition , dalloz , editions sirey, 1997, p. 159

وتأييدا للمطالبة بالتسجيل في السجل التجاري ، يضيف القانون الفرنسي أنه لابدعلىالتاجر الفرد أن يجهز مجموعة من الأوراق التي تثبت حالته المدنية و الإجتماعية (أمر 09 فيفري 1998) وتتمثل هذه الوثائق في : عقد الزواج بطاقة الإحتراف ـ صورة طبق الأصل تبرر التمتع بالمحل أو المحلات التجارية التي يمارس فيها التاجر نشاطاته التجارية . بالإضافة إلى ذلك يجب على التاجر تقديم تصريحا على أنه لم يكن محل حكم جنائي ولا عقوبة مدنية أو إدارية تمنعه من ممارسة التجارة (1) . وفي هذا الصدد يلتزم الموثقون بطلب القيود الضرورية الضروريةعندما يحررون عقود تتضمن حادثة تتعلق بالسجل التجاري. هذا ماقضت به المادة 12 فقرة 2 من مرسوم 3 ديسمبر 1987 و(تؤكدها المادة 26 من القانون القانون التجاريالجزائري).

وختاما لما ذكر يقوم كاتب الضبط وعلى مسؤوليته بفحص الطلب فيما إذا كان يحتوي على جميع البيانات المطلوبة ، ومرفقا بجميع الوثائق اللازمة ، فإذا ثبت أثناء مراجعتها عدم صحتها ، يرفع الأمر للقاضي المنتدب لحراسة السجل (2) .

3 ـ تعد يـــــل بيانات القيد أو محوه.

لا يقتصر إلتزام الشخص على القيد في السجل التجاري فحسب وإنما يمتد إلى ضرورة تسجيل أي تغيير أو تبديل يطرأ على بيانات السجل ، وذلك حتى يظل معبرا عن حقيقة أوضاع التاجر .

إذن يلتزم التاجر بالتأشير في السجل التجاري بأي تغيير يطرأ على تجارته ومثال ذلك عندما يغير التاجر نشاطه كأن يكون تاجرا للمواد الغذائية ، ويحول تجارته إلى تجارة إلى تجارة الملابس أو الأحذية. أو شركة تضامن تتحول إلى شركة ذات المسؤولية المحدودة إلى غير ذلك .

والتأشير بالتعديل لا يقتصر على التاجر فقط ، بل يتعداه إلى كل شخص له مصلحة في ذلك بأن يقوم بهذا الإجراء (3) . وتبعا لذلك يقع على التاجرالإلتزام بالتأشير أو أي تعديل يطرأ على نشاطه. وفي حالة وفاته ، يجب على الورثة التأشير بذلك خلال شهرين من تاريخ الوفاة. أما إذا رغبوا في الإستمرار في إستغلال المشروع بينهم، فعليهم طلب التأشير بذلك في السجل ، فإذا لم يقوموا بالتأشير ولا الشطب ولا بالإستمرار في إستغلال المشروع ، وجب عندئذ على الضابط العمومي للسجل التجاري ، القيام بالشطب من تلقاء نفسه وهذا في أجل سنة من تاريخ الوفاة.

-(1) أنظر :

MICHEL DE JUGLARD , BENJAMIN IPPOLITO, droit commercial avec cas concrets et jurisprudence , volume, 1 , 22ème edition , editions montchestien , 1975, p. 103

(2) أنظر :

المادة 26 من القانون التجاري والمادة 33 من قانون السجل التجاري

(3) أنظر :

المادة 12 من مرسوم 3 ديسمبر لسنة 1997 والمتعلق بالسجل التجاري

4 ـ آثـــــار القيـــــــد .

يرتب القيد في السجل التجاري نتائج هامة: منها جعل القيد في السجل قرينة قانونية بسيطة على إكتساب صفة التاجر ، والأخذ بمبدأ الإحتجاج على الغير ببعض البيانات التي تقيد في السجل، الأمر الذي يتضح منه أن للسجل التجاري دور إشهاري كبير . وفيما يلي نوالي بالشرح لهذه النتائج :

1 ـ يؤدي القيد في السجل التجاري إلى إكتساب الصفة التجارية ، بحيث يستطيع التاجر أن يمارس نشاطه التجاري على كافة التراب الجزائري بكل حرية وأمان. إلا أن هذه القرينة بسيطة ويمكن دحضها أمام المحاكم التجاريةالمختصة (1) .

2 ـ يرتب القيد في السجل التجاري الإشهار القانوني إذ جاء في نص المادة 19 من قانون السجل التجاري على أن : ((التسجيل في السجل التجاري عقد رسمي يثبت كامل الأهلية القانونية لممارسة التجارة ويترتب عليه الإشهار القانوني)) (2) .

يتضح من فحوى هذا النص أن القيد في السجل يؤدي إلى الإشهار القانوني الإجباري ، وذلك في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية (BOAL) وهذه النشرة مشهرة من طرف إدارة الجرائد الرسمية . فهي تعتبر منبع معلومات بالنسبة للجمهور والإدارات العامة والغرف التجارية إلى غير ذلك (3) . ويشترط القانون على أنه يجب أن يتضمن هذا الإشهار ، رقم القيد ووضعية التاجر ومركز مؤسسته وملكية المحل التجاري ونوع النشاط الذي يستغله إلخ.......حتى يستطيع الغير الإطلاع على كل هذه المعلومات التي تخص التاجر (4) .

3 ـ كما تكون أيضا التسجيلات المعدلة والتشطيبات التي تطرأ على نشاط التاجر ، كتخفيض أو زيادة رأس المال ، أو فتح فروع جديدة لنشاطه ، أو تغيير نوع النشاط موضوع إشهار من قبل كاتب الضبط الذي يقوم بإشهارها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية (5) .

4 ـ كما تعد البيانات المقيدة في السجل التجاري حجة على الغير من تاريخ قيدها في السجل ما لم ينص القانون على خلاف ذلك المادة 24 من القانون التجاري الجزائري و(تقابلها المادة 33 فقرة أولى من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999) .

---

(1) أنظر :
المادة 21 من القانون التجاري

(2) أنظر :
المادة 18 من قانون التسجيل

(3) أنظر :

ALFERD JAUFFRET PAR JACQUES MESTER , drroit commercial , paris , L . J . D . G , 22ème edition , 1995 , p . 23

(4) أنظر :

ROGER HOUIN, op , cit, p. 53

(5) أنظر:

CLAUDE DUPOY, precis de droit commercial , fonds de commerce , contrats commreciaux , effets de commerce ; tome, 1, paris , 1976 , P. 89

وتضيف الفقرة الثانية من المادة 33 من القانون المصري المذكورة أعلاه،أنه لا يجوز الإحتجاج على الغير بأي بيان واجب في القيد في السجل التجاري،ولم يتم قيده إلا إذا ثبت علم الغير به ، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.
كما أقرت أيضا الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه لا يجوزللتاجر أن يتمسك بعدم قيده في السجل التجاري للهروب من الإلتزامات التي يفرضها عليه القانون أو التي تنشأ عن معاملاته مع الغير بصفته تاجر ولكن يجوز للغير التمسك بذلك في مواجهته .

الفرع الثاني :

جزاء إخلال التاجر بالإلتزامات الشكلية.

يفرض القانون جزاءات جنائية على الإخلال بالقيد في السجل التجاري وأيضا على الإخلال بمسك الدفاتر التجارية . كما يفرض آثارا مدنية من جراء الإخلال بالقيد في السجل والإخلال بمسك الدفاتر التجارية . وفيمايلي نبدأ بالجزاء المترتب عن الإخلال بالقيد في السجل التجاري (اولا) ثم جزاء الإخلال المترتب عن عدم مسك الدفاتر التجارية أو مسكها بطريقة غير منتظمة (ثانيا) .

أولا : جـــزاء الإخلال بشكلية القيد في السجل التجاري.

إن مخالفة التاجر للإلتزام بالقيد في السجل التجاري، تنطوي عليه جزاءات صارمة ويعود ذلك إلى أهمية القيد الذي يرمي إلى إعلان الغير على وضعية التاجر، ودعم الإئتمان في الساحة التجارية حتى لا يتعرض التاجر لمفجآت قد تهز مركزه المالي . لذا قرر القانون جزاءات جنائية بإعتبارها وسيلة لحث التجار على تنفيذ أحكام هذا القانون . بحيث نجد العديد من النصوص القانونية المتواجدة سواء في القانون التجاري أو قانون السجل التجاري ، تقضي بعقوبات متفاوتة الخطورة بين السجن والغرامات المالية .

1 - الجزاءات الجنائية .

تفضي المادة 26 من قانون السجل التجاري على أنه :
((يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 500 و 20000 الف دينار جزائري على عدم القيد في السجل التجاري ، وفي حالة العود تضاعف الغرامة المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه مع إقترانها بالحبس لمدة تتراوح بين 10 عشرة أيام و6 ستة أشهر، ويمكن للقاضي أن يتخذ زيادة على ذلك إجراءات إضافية تمنع من ممارسة التجارة)).

أما المادة 27 من نفس القانون و(تقابلها المادة 18فقرة أولى من القانون المصري). فقد نصت على ما يلي:
((يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 5000 دينارجزائري وبالحبس بين 10 عشرة أيام و 6 ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص تعمد بسوء نية تقديم تصريحات غير صحيحة أو أعطى بيانات غير كاملة قصد التسجيل في السجل التجاري)) .
وفي حالة العود تضاعف العقوبة السالفة الذكر، ويأمر القاضي المكلف بالسجل التجاري تلقائيا وعلى نفقة المخالف ، تسجيل هذه العقوبات في هامش السجل التجاري ونشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
ويعاقب بالحبس مدة تتراوح بين 6 ستة أشهر و3 ثلاث سنوات وبغرامة مالية تقدر ب 10.000ألف دينار جزائري و 30.000 ألف دينارجزائري كل من يقوم بتزييف أو تزوير شهادات التسجيل، كأن يقدم أوراق أو مطبوعات متعلقة بتجارته إسما تجاريا أو رقم قيد ليس له أو ذكر ما يفيد القيد مع عدم حصوله (1) .
ونجد القانون التجاري هو الآخر نص على عقوبات جنائية عن عد م الإلتزام بالقيد في السجل التجاري تتراوح كلها بين الحبس والغرامة، فكل شخص لم يطلب تسجيل أو تصحيح أو شطب في السجل ولم يستكمل كل الإجراءات المطلوبة في أجل 15 يوما من ضبط المخالفة دون عذر مبرر، يستدعى لدى المحكمة التي تنظر في المخالفة .
ويعاقب بغرامة تتراوح بين 400 دج إلى 20.000 ألف دج وبالحبس من 10 أيام إلى 6 ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين .
وتأمر المحكمة التي تقضي بالغرامة بالتأشير بالشطب الذي يجب إدراجه في السجل التجاري خلال مدة معينة (2) .
إذن فإن مخالفة التاجر للإلتزام بالقيد في السجل التجاري تترتب عليها جزاءات صارمة . ويرجع هذا لأهمية القيد الذي يرمي إلى إعلان الغير ودعم الإئتمان في الميدان التجاري حتى لا يتعرض التاجر لتقلبات تهز مركزه المالي .
وخلاصة القول انه يجب على الشخص الذي يريد ممارسة التجارة واتخاذها حرفة معتادة له ، أن يتقدم بشكلية القيد في السجل التجاري ، باعتبارها شكلية ليست بسيطة ، بحيث ان اهمالها تنجم عنه عواقب وخيمة ، تتمثل في الحبس بالإضافة الى الغرامات المالية التي يضطر الى دفعها الى خزينة الدولة .
لذا فلا بد لأي تاجر أن يتقدم فور بدئه بممارسة الأعمال التجارية ، بطلب القيد في السجل التجاري حتى يكون في وضعية قانونية تعفيه من كافة هذه العواقب.

---

(1) أنظر :
المادة 28 من قانون التسجيل

(2) أنظر :
المادة 28 من القانون التجاري الجزائري .

2 - الآثـــــار المدنية.

رتب القانون آثارا مدنية على التاجر الذي لم يسارع الى القيد في السجل التجاري خلال مدة معينة ، فحرمه من بعض الحقوق المدنية والإحتجاجات تجاه الغير ببعض البيانات اللا زمة لتجارته، بالإضافة إلى ذلك عدم امكانية التمسك بصفة التاجر.

ففيما يخص صفة التاجر، يقضي القانون التجاري بأن الشخص التاجر الخاضع للتسجيل في السجل التجاري و الذي لم يطالب بقيده خلال 15 خمسة عشرة يوما من بداية نشاطه، لا يمكن له التمسك بصفة التاجر سواء تجاه الغير أو تجاه الإدارات العمومية ، كما لا يمكنه التمسك بالصفة التجارية للأعمال التبعية في ممارسة نشاطه(1).

أما فيما يخص حرمانه من بعض الحقوق المدنية ، فالتاجر الذي لم يقيد في السجل التجاري ، يرتب عليه القانون آثارا تتمثل في حرمانه من الإستفادة من حق تجديد الإيجار بالنسبة للمحلات التي يستغل فيها تجارته . كما لايمكنه التمسك بعدم التسجيل في السجل التجاري للتخلص من مسؤولياته المتصلة بهذه الصفة (2) .

كما يترتب أيضا على عدم القيد عدم إستطاعة التاجر المطالبة بوضع إسمه في قائمة إنتخابات المحاكم والغرف التجارية.

أما عن جواز الإحتجاج بالبيانات المدونة في القيد على الغير، فقد نص القانون بأنه لا يمكن للتاجر الإحتجاج ببعض البيانات لمزاولة التجارة تجاه الغير إذا لم يقيدها في السجل التجاري ، إلا إذا إثبت أن الغير كان على علم بها (3) .

وتبعا لذلك لايجوز الإحتجاج على الغيربصفة التاجر ولا بالوضعية التجارية لشخص التاجر ، إلا بعد القيد في السجل التجاري . فإذا لم يقم التاجر بالقيد ، سقط حقه في ذلك وقامت مسؤوليته المدنية كما سبق ذكره .

-(1) أنظر :
المادة 22 من القانون التجاري

(2) انظر :

MICHEL DE JUGLARD , BENJAMIN IPPOLITO , op , cit , p. 36

(3) انظر :

المادة 24 و 25 من القانون التجاري الجزائري.

ثانيا: جزاء الإخلال بشكلية مسك الدفاتر التجارية.

يترتب على إخلال التاجر بشكلية مسك الدفاتر التجارية أو مخالفته للقواعد التنظيمية التي ينص عليها القانون ، بعض الجزاءات المدنية والجنائية .

1 ـ الجزاءات المدنـــية .

يتعرض التاجر المهمل الذي لم يمسك الدفاتر التجارية أو لم يراع فيها الأوضاع المقررة قانونا ، لجزاء حرمانه من تقديم دفاتره للغير كدليل للإثبات أمام القضاء ويكون في هذه الحالة قد حرم نفسه من دليل مادي في متناول يده لاسيما إذا كان خصمه تاجرا مثله ، إذ يمكن الوقوف على الحقيقة بواسطة إجراء مقارنة بين دفتري كل منهما . ويرى بعض الفقهاء بأن إمساك دفاتر غير منتظمة من طرف التاجر ، إذا كانت قد فقدت كل حجيتها أمام القضاء ، إلا أن قيمتها لا تهدر بشكل مطلق، بحيث يمكن إعتبارها مجرد قرائن أو عناصر في الإثبات (1) . كما أن إمساك دفاتر تجارية غير منتظمة يجعل مصلحة الضرائب لا تعتمد عليها. وتبعا لذلك تقدر الضريبة على التاجر تقديرا جزافيا . فضلا من حرمانه من ميزة الصلح الواقي من الإفلاس ، إذ أنها تقصر ميزة هذا الصلح على التاجر حسن النية الذي تضطرب أعماله المالية إضطرابا قد يؤدي إلى إضعاف إئتمانه إثر ظروف لم يتوقعها
ومما لاشك فيه أن عدم مسك الدفاتر التجارية بصورة غير منتظمة يرفع عن التاجر صفة حسن النية ويجعله غير جدير بالصلح (2) .

2 ـ الجزاءات الجنـــائية .

لم يفرض المشرع عقوبة على عدم مسك الدفاتر التجارية أو مسكها بصفة غير منتظمة إلا في حالة إفلاس التاجر .
وطبقا لذلك أوقع المشرع على كل تاجر لم يمسك دفاتره التجارية بصورة منتظمة ، عقوبة التفليس بالتقصير أو بالتدليس ، وهذا ما قضت به المادة 370 من التقنين التجاري التي تناولت حالات الإفلاس بالتقصير ومن بينها حالة التاجر الذي توقف عن الدفع ولم يمسك حسابات مطابقة لأعراف المهنة.

---

(1) أنظر :
د / نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999 ، ص. 139

(2) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 123

ويشدد القانون المصري على التاجر الذي لم يمسك دفاتره بصورة منتظمة عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن السنتين . غير أن هذه العقوبة في هذه الحالة إختيارية للقاضي ، فيجوز له الحكم بالبراءة من عدم وجود دفاتر أو عدم إنتظامها (1) .
وإذا أفلس التاجر وتبين أنه أخفى دفاتره أو أعدمهاأو غيرها أعتبر مفلسا بالتدليس فيعاقب بالسجن من ثلاثة سنوات إلى خمسة . والعقوبة في هذه الحالة إجبارية بالنسبة للقاضي (2) .
ومجمل القول نرى كيف أعطى المشرع التجاري قيمة للدفاتر التجارية ، ووقع العقوبات القاسية على التاجر الذي يهملها ، ويستهان بمسكها.إذن فشكلية مسك الدفاتر التجارية ، ليست شكلية بسيطة مادام يترتب على إهمالها جزاءات خطيرة.

المطلب الثاني:
الشكلية كعامل حتمي في السفتجة وجزاء الإخلال بها.

إن إنشاء السفتجة يعتبر تصرف إرادي شكلي يستلزم توافرنوعين من الأركان ، تلك التي يجب توافرها في جميع التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب وتسمى بالأركان الموضوعية .علما ان السفتجة لا تتوقف صحتها إلا بتوافر الشروط الشكلية ، وتبرر ضرورة هذه الشكلية بما تؤديه من دور هام في تسهيل التعامل بالورقة التجارية كوسيلة وفاء وإئتمان. فلكي تقوم السفتجة بهذه الوظيفة الإقتصادية على الوجه الأكمل ، لا بد أن تتخذ شكلا معينا يسهل معه التعرف عليها بنظرة فاحصة شأنها في ذلك شأن النقود. فأهمية الشكلية بالنسبة للسفتجة إذن، تشبه أهمية الطبع بالنسبة للنقود. ويكون دراسة ذلك في (فرع اول) ثم بعدها الجزاء المترتب عن الإخلال بهذه الشكلية (فرع ثاني) .

الفرع الأول :

الشكلية كعامل حتمي في السفتجة.

كما جاء مسبقا تعتبر السفتجة أداة وفاة وإئتمان ، تتداول في الحياة الإقتصادية، لذا وجب أن تتخذ الشكل الذي أراده القانون لتكون كافية بذاتها دون شك في ماهيتها القانونية. ويستنتج من نصوص القانون التجاري أن السفتجة عبارة عن محرر مكتوب يجب أن يتوافر على بيانات معينة ، وإلا اعتبرت السفتجة معيبة . وتأسيسا لذلك تعد الشروط الشكلية جوهرية وضرورية في السفتجة. وتتمثل هذه الشروط في الكتابة (اولا) وبعدها البيانات الإلزامية (ثانيا) ثم أخيرا البيانات الإختيارية (ثالثا) .

---

(1) أنظر :
د / مصطفى كما طه ، المرجع السابق ، ص . 122
(2) أنظر :
المادة 374 من القانون التجاري الجزائري.

أولا ـ الكتـــــــــابـــــــة.

يشترط لوجود السفتجة أن تكون مكتوبة في محرر . والكتابة شرط إلزامي يفهم من طبيعة السفتجة كونها سندا تجاريا . إذن فالكتابة هي شرط لإنشاء السفتجة ولا وجود لهذه الأخيرة بدونها . فالإدعاء بسفتجة شفاهة حتى ولو كان ذلك أمام شهود ، يعد إدعاء باطل ومعدوم ولا يقبل إثباته ولا يترتب عليه حق صرفي يمكن التمسك به (1) .

وتبعا لذلك فلا يجوز إثبات وجود السفتجة بأي طريق آخر من طرق الإثبات إلا بالكتابة ، فلا يكفي شهادة الشهود مهما كانت القيمة المذكورة في السند (2) .

وعمليا نجد بأن السفتجة تحرر بواسطة الكتابة العرفية ، وليس من الضروري في مثل هذه الحالة بأن تكون السفتجة مكتوبة بخط يد الساحب ، إذ أن العمل جارى على طباعة سفاتج بيضاء يقوم الساحب بملئها ثم يوقعها. وترتيبا لذلك فإن صحة السفتجة المطبوعة أو المكتوبة على الآلة الراقنة أو جهاز الكمبيوتر ، لم تكن محلا للشك.

وبالعكس من ذلك يجوز تحرير السفتجة في الشكل الرسمي أي لدى ضابط عمومي (الموثق) ولو أن في ذلك مخالفة للعادات التجارية، لكن مع ذلك وفي بعض الأحوال يحتاج أطراف العقد إلى تدخل الموثق إذا كانت الرسمية ضرورية ، فيما إذا تضمنت السفتجة إنشاء رهن لضمان الحق الثابت فيها (3) .

ثانيا ـ البيانات الإلـــــزاميـــــــــة Ennonciations obligatoires.

علاوة على ضرورة توافر الكتابة لكي تصح السفتجة وترتب آثارها كما يقضي به قانون الصرف، فانه طبقا لأحكام اتفاقية " جنيف" يجب أن تشتمل على بيانات إلزامية (4) .

وتتلخص هذه البيانات في :

1 ـ تسمية << سفتجة>> في متن السند نفسه.

ألزم القانون التجاري ذكر مصطلح << سفتجة >> في متن السند أي في صلب الورقة وبنفس اللغة المستعملة في كتابتها.

ولا يكفي في نظر بعض الفقهاء مجرد كتابة عنوان الورقة ، وإنما يجب أن يبين محرر السفتجة هذا التحد يد في صلب الأمر الصادر منه إلى المسحوب عليه فيكتب ((إدفعوا بموجب هذه السفتجة ....)) .

---

(1) أنظر:
د / فوزي محمد سامي و د / فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة بغداد ، 1982 ، ص . 62 .

(2) أنظر :
د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، الكمبيالة ، السند الإذني ، الشيك ، النشر الذهبي للطباعة ، 1996 ، ص . 36

(3) أنظر :
P. LESCOT , RENE ROBLOT , les effets de commerce , editions , paris , 1953 , p. 184

(4) أنظر :
المادة 390 من القانون التجاري وتقابلها المادة الأولى من اتفاقية جنيف لتوحيد قانون الأوراق التجارية ، وصدرت في 07 يونيو 1930 ضمن مؤتمر جنيف، وانقسمت الى ثلاثة اتفاقيات، تتعلق الأولى بالقواعد الموحدة للسفتجة ، والثانية بحل القوانين ، والثالثة اختصت بضريبة الدمغة على الأوراق التجارية ، ثم اخذت قواعد قانون الصرف الموحد تنتشر وتدخل في قوانين البلاد المختلفة ، في هذا المجال ، انظر:
د/ مصطفى كمال طه ، علي البارودي ، المرجع السابق ، ص . 21 .

وهناك بعض القوانين لا تشترط هذا البيان < إدفعوا بموجب هذه السفتجة>(1) . بحيث يتم تداول السفتجة بالتظهير ولو لم يذكر فيها شرط الإذن. إذ أنها لاتفقد صفتها إلا إذا نص فيها صراحة على عدم جواز تداولها بالتظهير ، كما إذا كتب الساحب عليها << بدون أمر >> أو أي عبارة بهذا المعنى (2) .

2 ـ أمر صريح بدفع مبلغ من النقود.

حتى تستطيع السفتجة أن تقوم بوظائفها الإقتصادية كأداة وفاء وإئتمان على الوجه الأكمل بإعتبارها سندا تجاريا، أوجب القانون أن تتضمن السفتجة أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين (3) .
وعلى ذلك يجب أن ينحصر تنفيذ الإلتزام في النقود ، دون غيرها من الأموال الأخرى . وتطبيقا لذلك لا يصح أن يكون محل السفتجة بضائع أو سلع أو أي أنواع أخرى من الأموال. فضلا عن ذلك يجب أن يرد مبلغ السفتجة ولضحا ودقيقا نظرا لمبدأ الكفاية الذاتية ، فلا يكون الأمر بالدفع معلق على شرط واقف أو فاسخ، إنما يكون محددا في مقداره نافيا للجهالة .
ومما تجدر الإشارة إليه أن المدون في السفتجة ، قد يكون مذكورا بالأحرف أو بالأرقام ، وكلاهما يعتبر صحيحا ، لأن المشرع لم يشترط طريقة تحرير السفتجة، كما ان العرف جرى على كتابة المبلغ مرتين . مرة بالأحرف الكاملة ومرة بالأرقام، وذلك للتثبت من قيمة المبلغ ودفعا للغموض وعدم التزوير (4) .

3 ـ إســـم المســـــحوب عليــــه.

تتضمن السفتجة أمرا بالدفع يوجهه الساحب الى المسحوب عليه لصالح المستفيد . إلا أنه لا يلتزم إلا إذا وقع عليها بالقبول، فإذا فعل ذلك أصبح المدين الأصلي.
والأمر الصادر من الساحب إلى المسحوب عليه يفترض بطبيعة الحال ، علاقة سابقة بينهما يكون فيها الأول دائنا للثاني . هذا الدين هو الذي يسمى مقابل الوفاء،إذ أنه في نفس الوقت يحصل تبديل في مركز أصحاب الشأن في السفتجة.

---

(1) هذا البيان اضافته اتفاقية جنيف لفائدته العملية الهامة في تعيين طبيعة الصك ولفت الأنظار على الآثار الصرفية المترتبة عليه ، وهو في نفس الوقت يتفق مع الإتجاه الشكلي الحديث . إذ أن تحديد ((السفتجة)) كتابة في الورقة يجعلها كذلك ولو لم تتضمن كتابة شرط الأمر أو الإذن . إذ من البديهي أنه مادام الساحب قد ذكر أن الورقة التي يحررها هي السفتجة ، فمفهوم ذلك أنه يريدها أن تتداول كما تتداول السفاتج ، أي بالتظهير . فلا حاجة إذن لكتا بة شرط الإذن لترتيب هذه النتيجة.

(2) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ، ود / علي البارودي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2001 ، ص . 47 و48

(3) أنظر :
المادة 390 من القانون التجاري الجزائري .

(4) أنظر :
د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 39

فيتحول المسحوب عليه إلى مركز المدين الأصلي بدلا من الساحب ويوفي بالسفتجة في ميعاد الإستحقاق (1) .
ولقد أوجب القانون ذكر إسم المسحوب عليه المكلف بالوفاء بوضوح دون ذكر عنوانه ، وصفته، على أن التعامل جرى على بيانهما في السفتجة، ليسهل على الحامل الرجوع على المسحوب عليه لمطالبته بالوفاء.

4 ـ تـــاريخ الإستحقــــاق date de L echeance.

يجب أن تتضمن السفتجة ميعاد الإستحقاق . ويقصد بذلك الميعاد الزمني الذي يحصل فيه الوفاء بقيمة السفتجة. وبناء عليه ، يجب أن يكون التاريخ محدد على وجه الدقة ، وذلك بذكر اليوم والشهروالسنة. فلا يجوز تعليقه على شرط واقف أو فاسخ ، أو جعله مقترنا بأجل غير معين كوفاة شخص ما .
ويفهم من ذلك أن السفتجة قد تكون مستحقة الدفع بعد مدة معينة من تاريخ تحريرها أو بمجرد الإطلاع عليها أو بعد مدة معينة من تاريخ الإطلاع عليها (2) .
غير أنه لا يجوز أن تتضمن السفتجة مواعيد أستحقاق متتابعة ، إذ تبطل إذا تعددت مواعيدها نظرا لما تثيره من بلبلة وشك يعوقان تداولها . على أن تصح السفتجة إذا لم تتضمن أي ذكر لميعاد الإستحقاق أصلا ، إذ تعتبر في هذه الحالة مستحقة الأداء بمجرد الإطلاع (3) .

5 ـ مكـــان الـــــوفـــــاء.

هو المكان الذي توفى فيه السفتجة . ونرى أن المشرع لم يرتب على عدم إدراج مكان الوفاء بطلان السفتجة طالما موضح به موطن المسحوب عليه ، إذ يعد هذا الموطن المكان الذي يجب فيه الدفع (4) . وقد أخذ اتفاقية جنيف بهذه القاعدة، حيث جاء في المادة 8 فقرة 3 منها على أنه: ((وإذا لم يذكر فيها مكان خاص بالدفع فإن المكان المبين بجانب إسم المسحوب عليه يعد مكانا للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه)). أما إذا حدد مكان الوفاء يجب الإلتزام بهذا التحديد.

---

(1)

ولكن لا يشترط أن يكون المسحوب عليه مدينا للساحب ، فقد يتفق معه على أن يقرضه مقابل الوفاء ،وقد يقبل السفتجة تبرعا منه بمقابل الوفاء وقد يقبل السفتجة دون أن تكون لديه نية الوفاء وإنما منح الساحب إئتمانا وهميا عند وقوعه في أزمة وتسمى حينئذ بسفتجة المجاملة . في هذا المجال انظر :
د / احمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 44 .

(2) أنظر :
د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 44

(3) أنظر :
د / مصطفى كمال طه و د / علي البارودي ، المرجع السابق ، ص . 56

(4) أنظر:
المادة 390 فقرة 4 من القانون التجاري وتقابلها المادة 8 فقرة 3 من اتفاقية جنيف.

6 ـ إســـــــم المستفـــــــيد.

يلزم أن يذكر في السفتجة إسم المستفيد باعتباره هو الدائن الأول فيها، إذ هو من حررت له السفتجة، أو لأمره، منذ بداية حياة السفتجة. وتبعا لذلك يجب على الساحب أن يعين اسم المستفيد وصفته بوضوح ودقة(1) . حتى لا يحدث خطأ في شخصه عند الوفاء له بقيمة السفتجة في ميعاد الإستحقاق . ويمكن أن يكون الساحب ذاته مستفيدا، وبهذا تكون صيغة السفتجة<< إدفعوا لأمرنا مبلغ كذا.....>> وإذا كان الساحب هو المستفيد نفسه، وجب عليه أن يظهر السفتجة لشخص آخر لكي تستكمل السفتجة أطرافها الثلاثة المطلوبة وهم (الساحب والمسحوب عليه والمستفيد) (2) .

7 ـ تاريخ ومكان إنشاء السفتجـــــة.

يجب أن يذكر في السفتجة تاريخ إنشائها ومكانه، بحيث أن يكون هذا التاريخ صحيحا. ويبرر ذلك أن للتاريخ أهمية فيما يتعلق بالقواعد التي تنطبق على السفتجة. فمن تاريخ إنشاء السفتجة يمكن التعرف على أهلية الساحب، فيما إذا كان أهلا للتوقيع على السفتجة وقت تحريرها أم لا. فإذا كان قاصرا كان له أن يحتج بنقص اهليته حتى في مواجهة الحامل حسن النية.

وإذا كانت السفتجة مستحقة الدفع لدى الإطلاع ، فإن تاريخ التحرير هو الذي تبدأ منه المواعيد التي يجب تقديم السفتجة خلالها للمسحوب عليه. كذلك يحسم تاريخ إنشاء السفتجة النزاع الذي يمكن أن يثور عند تزاحم عدة حاملين لسفاتج مسحوبة على مقابل وفاء واحد لدى المسحوب عليه، فيتقدم حامل السفتجة ذات التاريخ الأسبق (3) .

أما مكان السحب ، فيجب على أية حال أن يكون مكان الإنشاء (أو المحل المذكور بجانب إسم الساحب) محددا ، واضحا بحيث ينتفي معه أي غموض أو لبس ، مع العلم أن مكان السحب، هو ليس بالأهمية كما هو الحال بالنسبة لتاريخ السحب من الناحية العملية (4) .

---

(1) ولا يوجد ما يمنع من أن يعين المستفيد أو وظيفته إذا كان ذلك كافيا لتحديده على وجه التعيين كما في حالة ما إذا كان المستفيد شخص معنويا كشركة الجزائر للطيران ، فبقال إدفعوا لأمر مدير شركة الجزائر للطيران ، والهدف من الدقة في بيان إسم المستفيد هو تحقيق مبدأ الكفاية .

(2) أنظر :
الأستاذ / برهان الدين جمل ، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، السفتجة ،السند لأمر، الشيك، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1988 ، ص . 32

(3)
وقد يكون تاريخ إنشاء السفتجة في بعض الأحيان ، لازما لتحديد ميعاد إستحقاقها أو لتحديد الوقت، الذي يجب أن تقدم خلاله للقبول أو الذي يجب ألا تقدم للقبول إلا بعد فواته ، كما إذا كان نص السفتجة على أنها تستحق بعد ستة شهور من تاريخ تحريرها أو على وجوب تقديمها للقبول خلال أشهر من تاريخ التحرير أو على عدم تقديمها للقبول إلا بعد مرور شهر على تاريخ تحريرها. في هذا المجال ، انظر :
د / مصطفى كمال طه ، د/ علي البارودي ، المرجع السابق، ص . 49 .

(4) أنظر:
د / صطفى كمال طه ، و د/ علي الباررودي ، المرجع السابق ، ص . 50 و 51

8 ـ توقـــــيع الســــاحب.

يعتبر توقيع الساحب أمر بديهي بإعتباره منشيء السفتجة بحيث يعطي توقيعه للسند قيمة قانونية . ونرى أن القانون لم يحدد شكلا معينا للتوقيع، فقد يتم توقيع الساحب بخط يده وهذا هو الوضع السائد في الغالب ، وقد يتم التوقيع بالختم أو بصمة الأصبع. ومما يجب التأكيد عليه هو أن يكون التوقيع دالا على شخص الساحب ومحددا بصفة دقيقة ، ومبينا فيه الإسم واللقب معا فلا يجب أن يكون مطموسا أو غامضا (1) .

وأخيرا يجب أن يرد توقيع الساحب في أسفل السفتجة للدلالة على صدورها منه برضائه بكل ما ورد فيها من بيانات (2) .

ثالثا: البيـــانــــات الإختيارية.

إلى جانب إستلزام المشرع إدراج بيانات إجبارية في السفتجة، لم يمنع من إضافة بيانات إختيارية تهدف إلى تحديد حقوق الحامل، دون أن تخالف طبيعة السفتجة أو تهدم قيمة السند . ويطلق البعض على هذه البيانات بشروط يمكن تصنيفها على الشكل التالي :

1) ـ شروط تتعلق بالوفاء من المسحوب عليه (شرط المحل المختار وشرط الرجوع بدون إحتجاج أو بدون مصاريف ـ شرط القبول أو عدم القبول ـ شرط إخطار المسحوب عليه أو عدم إخطاره) .
2) ــ شروط تتعلق بإنشاء علاقة ظاهرة بين الإلتزام الصرفي للساحب و سبب السحب (بيان وصول القيمة) .
3) ـ شروط تتعلق بإضافة مدينين جدد (الضمان الإحتياطي ـ شروط القبول أو الأداء بالتدخل) .
4) ــ شروط تتعلق بإنتقال السفتجة (شرط ليست للأمر ـ شرط منع تظهير جديد ـ شرط ليست للضمان) .
5) ــ شروط تتعلق بتعدد النظائر(3) .

---

(1) أنظر :

د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 50 و51

(2) من القضاء ماهو متضارب في شأن توقيع الساحب ، بعضه يستلزم وجوده في أسفل السفتجة ، والآخر لا يعيب بذلك ويقرر بأن هذا الشرط الشكلي لا يقرر بطلان السفنجة . في هذا المجال انظر :
د / احمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 50

(3) أنظر :
د / راشد راشد ، الأوراق التجارية ـ الإفلاس ـ والتسوية القضائية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية 1987 ، ص . 22 و 23 .

الفرع الثاني :
جزاء الإخلال بشكليات السفتجة .

كل البيانات السابقة الذكر ضرورية في السفتجة حتى يمكن إعتبارها صحيحة و مرتبة لجميع آثارها كما يقررها قانون الصرف. ولكن ماهو الجزاء المترتب على تخلف أحد البيانات ؟ من الوا ضح أن الجزاء طبعا هو البطلان أي بطلان الورقة كسفتجة لتخلف أحد أركانها الشكلية. وهذا ما يعرف بالترك omission . كذلك قد يذكر في الستفتجة بيان أو أكثر على خلاف الحقيقة، وهذه تعرف بالصورية simulation . والصورية تختلف إختلافا جوهريا عن الترك. إذ أنه في الصورية ، لا يوجد ما يعيب شكل الورقة التي تكتمل فيها سائر بياناتها،ومع ذلك فقد جرى على الكلام عن الصورية كسبب من أسباب بطلان السفتجة. وطبقا لذلك هل يترتب على تخلف أحد بيانات السفتجة أو بعضها أو ذكره على خلاف الحقيقة أن تفقد السفتجة كل قيمتها القانونية؟
تتوقف الإجابة على هذا السؤال على طبيعة البيان الناقص أو المذكور على خلاف الحقيقة. وبناء على ذلك نتعرض للجزاء المترتب على تخلف أحد البيانات ويعرف بما يسمى الترك (اولا) ثم آثار هذا الترك في قانون حنيف(ثانيا) وأخيرا الجزاء المترتب على ذكر بيان على خلاف الحقيقة وهو ما يطلق عليه بالصورية (ثالثا) .

أولا : التـــــــــــرك .

المقصود بالترك هو تخلف السفتجة عن ذكر بيان أو أكثر من البيانات الإلزامية، فبعدما أدرجت المادة 390 فقرة أولى من التقنين التجاري الجزائري، البيانات الإلزامية ، فقد قضت في فقرتها الثانية من نفس المادة بأنه : ((إذا خلا النص من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة، فلا يعتد بها كسفتجة)) .
يتضح من هذا النص ، أن تخلف السفتجة عن ذكر أحد البيانات الإلزامية ، ينتج عنه بطلانها وفقدانها الصفة التجارية. ولا يستثنى من هذا الحكم إلا البيانات الثلاثة التي هي في الحقيقة ليست إستثناءات بل حالات يعوض فيها البيان الناقص ببيان آخر، وذلك تفسيرا لإرادة المتعاقدين (1) . وفيما يلي هذه الإستثناءات.

أ ــ النقص في بيان تاريخ الإستحقاق.

إذا لم يبين في السفتجة تاريخ الإستحقاق ، تعتبر السفتجة مستحقة الأداء بمجرد الإطلاع . هذا ما أكدته المادة 390 فقرة ثلاثة من التقنين التجاري ، بأن السفتجة الخالية من بيان تاريخ الإستحقاق ، تكون مستحقة الأداء لدى الإطلاع عليها . وقد إفترض المشرع التجاري ، أن تاريخ الإطلاع هو تاريخ الإستحقاق،لأنه هو التاريخ الذي كان يرغب بذكره الساحب والمستفيد.

---

(1) أنظر:
الأستاذ / برهان الدين جمل ، المرجع السابق ، ص . 45

ب ـ النقص في بيان مكان الدفع.

إذا لم يذكر في السفتجة مكان الدفع ـ الإستحقاق ـ فإن المحل المذكور بجانب إسم المسحوب عليه يعتبر محلا للدفع ومحلا لإقامة المسحوب عليه في نفس الوقت. وعلى هذا الأساس لم يرتب المشرع على خلو السفتجة من هذا البيان ، البطلان (1) .

ج ـ النقص في بيان مكان الإنشاء.

إذا خلت السفتجة من مكان الإنشاء ، تعتبر أنها قد أنشئت في المحل المذكور بجانب أسم الساحب وبالتالي لا تبطل السفتجة في هذه الحالة (2) .

وصحة السفتجة رغم نقص البيانات الثلاثة إستثناء ماكان ليستقيم بغير النصوص الصريحة المذكورة . على العكس من ذلك فإن خلو السفتجة من أي بيان آخر من بياناتها الإلزامية يفقدها الوصف التجاري، مما يجيز الإحتجاج به تجاه الحامل حتى ولو كان حسن النية، لأنه لا يعذر أحد بجهله القانون، كما نلاحظ أنه في نقص البيان عيب ظاهر للعيان يسهل كشفه بمجرد النظرة، إذن فالأولى بالحامل أن يدقق في السفتجة قبل أن يرضى بتظهيرها أو بانتقال ملكيتها إليه.

وقد يؤدي نقص أحد البيانات الإلزامية إما إلى فقدان السفتجة لكل قيمتها القانونية، وإما إلى تحولها إلى سند عادي ،إذا ما توافرت فيها الشروط اللازمة للإلتزام العادي، وإما إلى تحولها إلى سند لأمر ، وإما إلى سند عادي قابل للتداول بالتظهير.
على النحوالذي سوف نبينه الآن :

1 ـ فقدان السفتجة لكل قيمتها القانونية.

هناك بيانات جوهرية يؤدي تخلفها إلى بطلان السفتجة ، ليس فقط بوصفها ورقة تجارية، وإنما حتى بوصفها مجرد سند عادي . فمن البديهي أنه إذا خلت السفتجة من توقيع الساحب فإنها تبطل و تنعدم قيمتها القانونية . كذلك إذا خلت السفتجة من بيان المبلغ فإنها تفقد قيمتها. إلا أنه مع ذلك، فإن السفتجة التي تخلو من توقيع ساحبها ، يمكن أن تكون مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيما إذا حررت بخط يد الساحب،وإستكمل المبدأ بالبينة والقرائن وفقا للقواعد العامة (3) .

---

(1) أنظر :
المادة ، 390 فقرة ، 4 ، من القانون التجاري الجزلئري

(1) أنظر :
المادة ، 390 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري الجزائري.

(3)
تقول المادة 335 من التقنين المدني بأنه : ((يجوز للإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، أن وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تحعل التصرف المدعى به قريب الإحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة)) .

2 ـ تحول السفتجة إلى سند عادي.

بخلاف البيانات التي سبق ذكرها التي يترتب على تركها إنعدام قيمة السند وهي، توقيع الساحب ومبلغ السفتجة (1) . فإن تخلف ذكر أحد البيانات الإلزامية أو بعضها لا يؤدي إلى إنعدام السند من كل قيمة ، وإنما يتحول السند إلى ورقة مثبتة لإلتزام مدني عادي ، يشترط أن يكون مستوفيا للشروط اللازمة للسندات العادية . وبخاصة بيان الدائن والمدين ومحل الإلتزام، كما أنه يمكن أن تتحول السفتجة إلى سند عادي إذا كانت تتضمن مبالغ أو مواعيد إستحقاق متعددة أو ذكر فيها بيانات ، تحيل إلى وقائع خارجية. وتخضع هذه السندات العادية لأحكام القواعد العامة في القانون المدني ولا تسري عليها احكام قانون الصرف (2) .
ومن ثم لا تنتقل ملكية السند إلا عن طريق حوالة الحق . وإذا لم يكتسب هذا السند العادي الصفة التجارية لسبب آخر، فإنه يخضع للأحكام المدنية في سائر ما تقرره، وبالتالي يجوز لمحرر هذا السند أن يحصل على مهلة قضائية للوفاء ، ولا تضامن بين الموقعين عليه (3) .

3 ـ تحول السفتجة إلى سند لأمــــر.

من الممكن أن ينقص بيان في السفتجة فتبطل كسفتجة، ولكنها رغم ذلك يمكن أن تتضمن سائر البيانات اللازمة للسند لأمر(4) . فتتحول إلى سند لأمر، ويطبق في شأنها قانون الصرف على هذا الأساس الجديد. فإذا خلت السفتجة من إسم ـ المسحوب عليه ـ بحيث أصبح الساحب هو الملتزم الوحيد في مواجهة المستفيد، فإن السفتجة يمكن أن تتحول إلى سند لأمر بسبب وجود طرفين فقط فيها هما الساحب والمستفيد بدلا من ثلاثة أطراف، إذا توافرت لها سائر بياناته.

4 ـ تحول السفتجة إلى سند عادي قابل للتظهير.

قد تتضمن السفتجة الباطلة شروط صحة السند العادي ، وفي نفس الوقت تتضمن ـ شرط لأمر ـ وكتابة شرط لأمر تعد تعبيرا واضحا عن إرادة المدين، فهي تؤكد

---

(1)
أما بالنسبة لبيان اسم المستفيد فقد ذهب رأي الى أن السند الذي يخلو من إسم المستفيد مع وجود شرط الأمر، لا يعتبر سفتجة إنعدام الدائن في الإلتزام. بينما ذهب رأي آخر الى أن السند الذي يخلو من إسم الستفيد يمكن أن يعتبر سفتجة مسحوبة لإذن الساحب نفسه. أما إذا كان السند يتضمن شرط الأمر دون تحديد إسم الستفيد، فيمكن إعتبار السند سفتجة لحاملها متى يتبين أن نية الساحب إتجهت الى إعتبارها كذلك عند سحب السفتجة وأن إغفال إسم النستفيد لا يعني سوى توجيه الأمر إلى المسحوب عليه لدفع قيمة السفتجة لأي حامل لها. في هذا المجال انظر :
د / احمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 55 .

(2) أنظر :
د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 55

(3) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ود / علي البارودي ، المرجع السابق ، ص . 64 و 65

(4) أنظر
المادة ، 465 من القانون التجاري الجزائري.

رضاؤه المسبق بحوالة الحق الثابت في هذا السند دون الرجوع إليه في كل مرة، وعن طريق التظهير المتعارف عليه في القانون التجاري . ولا يوجد ما يمنع وفقا للقواعد العامة ، من تداول هذا السند العادي بمجرد التظهير . ولكن لا يؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى تطبيق قواعد قانون الصرف الأخرى (1) .

ثانيا: الترك في قانون جنيف الموحد.

نص قانون جنيف الموحد على البيانات الإجبارية التي يجب أن يتضمنها السند حتى يمكن إعتباره سفتجة، تخضع في أحكامها لقانون الصرف. ولا داعي لذكرها لأنه سبق وأن تم الكلام عنها. وتبعا لذلك فقد ذكرت المادة الثانية من نفس القانون ، على أن السند الذي يكون خاليا من احد هذه البيانات الإجبارية ، لا يتصف بالسفتجة. ويحدد قيمة هذا السند الناقص التشريع الداخلي للدولة التي نشا فيها السند . إلا أن هذا القانون ، تيقن من السهو الذي يحدث في التعامل بالسندات التجارية دون قصد الإخلال بقيمة السند ودون أن تتصرف فيه أطرافه الى الخروج من أحكام قانون الصرف . فوضع هذا القانون إفتراضات تحدث في الواقع العملي ثم وضع لها علاجها ببنود صريحة حتى يعتد بقيمة السند ويظل محتفظا بصفته ، إذ يحل البيان المفترض محل البيان الناقص.
إذ جاء في المادة الثالثة منه(وتقابلها المادة 390 من التقنين التجاري الجزائري) على أن السند الذي يخلو من أحد البيانات المذكورة والمنصوص عليها في القانون (البيانات الواجب توافرها في السفتجة) لا تعد سفتجة إلا في الأحوال الذي سبق بيانها سابقا.

ثالثا : الصورية simulation .

يقصد بالصورية أن البيانات المذكورة في السفتجة تكون على خلاف الحقيقة بمعنى أن السند يبدو في ظاهره أنه مستوفيا الشروط الشكلية بإحتوائه على جميع البيانات التي نص عليها القانون ، ولكنها مخالفة للحقيقة و ذلك بقصد إخفاء حقيقة معينة.
وغالبا ما تقع الصورية في اسم ساحب السفتجة أو صفته أو تاريخ إنشائها .
ومن أمثلة الصورية في إسم الساحب :
حالة سحب السفتجة عن طريق وكيل عمولة ، فيكون هذا الأخير هو الساحب الظاهر بينما يختفي إسم الموكل بإعتباره الساحب الحقيقي في السفتجة.

---
(1) أنظر :
د / مصطفى كمال طه و د / علي البارودي ، المرجع السابق و ص . 65 و66

أما صورية الصفة فهي:

تتمثل في وصف الساحب نفسه بأنه تاجر على خلاف الحقيقة بقصد تسهيل تداول السفتجة.
وقد ترد الصورية على تاريخ السفتجة وتكون كالآتي :
بحيث يكون تاريخ تحريرها الوارد فيها مذكورا على خلاف الحقيقة . ويكون ذلك إما بتأخير تاريخ السحب بقصد إخفاء نقص أهلية الساحب (1) . أو بتقديم هذا التاريخ بقصد إخراج التصرف من نطاق فترة الريبة التي تسبق شهر الإفلاس(2).
والواقع انه إذا صدرت السفتجة متضمنة كافة بياناتها التي يتطلبها القانون يفترض صحتها ، حتى يثبت بالدليل عكس ذلك ، وعلى مدعى الصورية أن يثبت بكافة طرق الإثبات ما تضمنته السفتجة من بيانات صورية (3) .

وفي هذا الخصوص لا يصح الخلط بين ترك احد البيانات الإلزامية وبين صوريته. مما لاشك فيه أن هناك فارقا كبيرا بينهما .
ففي الحالة الأولى لا شك في بطلان الورقة كسفتجة على الوجه السابق بيانه، وبطلانها واضح و ظاهر بحيث لا يخفى على من يطلع على الورقة . ولا مجال للقول بأن الحامل (حسن النية) أنه لا يعلم بالبطلان الذي يشوب الورقة عند إلقاء النظرة الأولى عليها.

أما في حالة الصورية فالأمر مختلف جدا ، إذ تعتبر الورقة صحيحة وبياناتها مكتملة ، ولا يوجد في ظاهرها ما يمكن أن يمس بالثقة بها أو ينبه الغير حسن النية إلى صورية بياناتها ، أو يعوق تداولها بأي وجه كان . وعليه لا تعتبر الصورية كأصل عام ، خلافا للترك ، سبب لبطلان السفتجة حتى ولو وردت على الإسم أو على الصفة أوعلى التاريخ .

غير أن المشرع المصري نجده قد سوى بين الترك وبين الصورية، إذا ما تعلق الأمر بتغيير الإسم وتغيير الصفة. بمعنى أنه يترتب على الصورية في هذه الحالة بطلان السفتجة كالتزام صرفي ويتحول السند إلى سند عادي، إذا كان قد إستوفى شروط صحة الإلتزام في ذاته وتسري عليه أحكام القواعد العامة.

---

(1) انظر :
المادة ، 393 ، فقرة 2 ، من القانون التجاري

(2) أنظر:
د / مصطفى كمال طه ، و د/ علي البارودي ، المرجع السابق ، ص. 67 و 68

(3) أنظر:
د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص . 62

وقد يتحول السند الصوري إلى سند لأمر أوللحامل إن توافرت فيه الشروط اللازمة لإنشائه ويجوز تداوله بطريق التظهير متى إشتمل على شرط الإذن.
ويجب التمسك بالصورية أمام محكمة الموضوع ،ولا يقبل الطعن بالصورية إلا لمن تقرر لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة. كما أنه يجوز لقاضي الموضوع أن يقضي بصورية أي بيان من بيانات السند المعروض عليه ولو لم يطلب منه ذلك، حيث أن لقاضي الموضوع سلطة تقدير الدليل على الصورية (1) .
ولقد رتب قانون جنيف الموحد و(تقابله في ذلك المادة 393 فقرة 2 من التقنين التجاري الجزائري) البطلان على السفتجة التي تتضمن توقيعات صورية مزورة أو لأشخاص وهميين ، والبطلان هنا مطلق لتحقيق نية الغش، وإزاء ذلك يجوز التمسك بهذا البطلان في مواجهة الحامل حسن النية ، ذلك لأن المقصود من هذه الحالة تغيير الحقيقة وذلك أمر مخالف للنظام العام.
غير أن الصورية يمكن أن تكون في بيانات أخرى مذكورة على خلاف الحقيقة كمبلغ السفتجة أو تاريخ إنشائها (2) .
ففي هذه الحالة لا يترتب بطلان السفتجة ، إذ أن الشكل القانوني متوفر وتبعا لذلك تظل خاضعة لأحكام قانون الصرف . ولا يجوز التمسك بهذه في مواجهة الحامل حسن النية ولكن يجوز التمسك بها في مواجهة من يعلم بها.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه قد يترتب على الصورية في السفتجة مسؤولية جنائية. فقد تتحقق جريمة النصب المنصوص عليها في المادة 216 /4 من قانون العقوبات إذا قام الساحب بإتخاذ إسم كاذب أو صفة غير حقيقة للحصول على قيمة السفتجة من المستفيد الأول . ويعاقب بجريمة التزوير المنصوص عليها في المادة 3/216 من قانون العقوبات إذا غير الساحب الحقيقي في أي بيان من بيانات السند ، وثبت قصده في الغش وإلحاق الضرر بالغير (3) .

وهكذا نجد بان البيانات الإجبارية التي تحتوي عليها السفتجة ، شكليات مهمة اذ لا يجوز للتاجر اغفالها بأي حال من الأحوال ، وذلك نظرا لما تلعبه من دور خطير في وجود السند كقيمة قانونية . بحيث لو لا تواجد هذه الشكليات الجوهرية فيه ، لما قام قانونا. كما نلاحظ بان القانون شدد على عقوبة كل من يهمل شكلية من هذه الشكليات او يذكرها على غير حقيقتها .

---

(1) أنظر :
د / أحمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص. 62 و63

(2)
مادامت صورية التاريخ لا تخفي نقص أهلية الساحب أو تخفي تاريخ توقيع الحجر عليه إذ أنه في هذه الأحوال ، يجوز للساحب أن يتمسك ببطلان إلتزامه في مواجهة كل حامل حسن النية لأن الدفع بنقص الأهلية لا يطهره التظهير.
في هذا المجال انظر :
د / احمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص ، 63 و 64 .

(3) أنظر :
الأمر رقم 66- 156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم للقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 .

المبحث الثاني:

الشكلية على ضوء دراسة بعض العقود التجارية.

لقد سبق الكلام عن الرضائية كمبدأ في إبرام بعض العقود التجارية في المبحث الأول من الفصل الأول ، وتم التعرض لخصائص العقود التجارية بأنها عقود معاوضة ، وعقود ملزمة للجانبين، وعقود رضائية تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول ،إلا أن حاجات التعامل التجاري ، وتدخل الدولة لحماية نظامها الإقتصادي والإجتماعي ، أضعف من هذا المبدأ إلى حد كبير.
ومن مظاهر ذلك تدخل المشرع في تنظيم كثير من العقود التجارية، نجده فرض إجراءات شكلية معينة ، لا ينشأ العقد إلا بإتباعها ، وإلا ترتب على إغفالها البطلان ومن هذه العقود التي إشترط فيها المشرع الشكلية الرسمية ، عقد بيع المحل التجاري ويكون ذلك في(مطلب اول) ، وعقد الشركة حيث إشترط المشرع فيه هو الآخر الشكلية ويتحدد ذلك في(مطلب ثاني) .

المطلب الأول:

الشكلية في عقد بيع المحل التجاري وجزاء الإخلال بها.

تعتبر الشكلية الركن الرابع في تحرير عقد بيع المحل التجاري، إذ إشترط المشرع لإنعقاد بيع المحل التجاري وإثباته الكتابة الرسمية ، فضلا عن ذلك لا بد من توافر شروط شكلية أخرى وجب إتباعها بعد تحرير هذا العقد . حيث تعتبر هذه الشروط متممة ومكملة للبيع . وفي حالة عدم إستيفائها أو إغفالها يترتب على ذلك بطلان العقد . وتتمثل هذه الشكليات التي حرص المشرع على الإلتزام بها القيد في السجل التجاري والبيانات الإلزامية التي يحتوي عليها العقد والتسجيل لدى المصالح العمومية ثم يأتي الإشهار أخيرا إذ يعتبر إجراء يتطلبه القانون وذلك لإعلام الغير بحصول هذا التصرف والإحتجاج به على الغير. وسوف يتم تناول كل هذه الشروط وذلك في (فرع اول) وفي حالة مخالفة أو عدم الإمتثال لهذه الشكليات رتب المشرع جزاءات منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها ويكون ذلك في (فرع ثاني) .

الفرع الأول:
الشكلية في إنعقاد بيع المحل التجاري.

قبل تناول الشروط الشكلية لإنعقاد بيع المحل التجاري، لابد من التعرض إلى الشروط الموضوعية العامة للعقد، وهي نفس الشروط الواجب توافرها في سائر العقود وذلك طبقا للقواعد العامة .

وتتمثل هذه الشروط في الأهلية ـ والرضا ـ والمحل ـ والسبب ـ إذن وإلى جانب هذه الأركان الجوهرية اللازمة في العقد كقاعدة عامة، فإن هذا الأخير لا ينعقد، كالكتابة الرسمية التي إشترطها المشرع، بالإضافة إلى الأركان الأخرى المكملة، لمثل هذا التصرف إذ تعتبر شكليات أساسية وضرورية . وفيما يلي نتناول كل شرط من هذه الشروط بالشرح وتكون الكتابة والبيانات الإلزامية (اولا) المحاسبة والتسجيل (ثانيا) واخيرا القيد في السجل التجاري والإشهار(ثالثا) .

أولا : الكتـــــــــــــابة والبيانات الإلزامية.

1 ـــ الكتابة الرسمية.

أولت التشريعات الحديثة عناية خاصة لعقد بيع المحل التجاري، بإعتباره من أكثر العقود شيوعا في الحياة العملية. كما أن عقد بيع المحل التجاري ، يعتبر من أهم الأموال المعنوية المنقولة وعماد التجارة.

إذن فهو يحتل مكانة معتبرة في الذمة المالية للتاجر، ويعد وحدة قائمة بذاتها ومنفصلة عن العناصر التي يشتمل عليها ، ولهذا يجوز التصرف فيه بالبيع.

هكذا يلاحظ من إستقراء القانون التجاري ، أن المشرع الجزائري سلك مسلك المشرع الفرنسي ، ونظم بنوع من الدقة بعض التصرفات التي ترد على المحل التجاري ، وأهمها عملية البيع.

ولقد إعتبر المشرع الجزائري عقد بيع المحل التجاري عقدا شكليا ، حيث يلعب الموثق دورا هاما في إجراء عملية البيع،إذ بتد خله هذا يضفي على إرادة كل من البائع والمشتري الصبغة الرسمية. هذا ما قضت به المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني بقولها:

((إن العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية .... يجب أن تقرر في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق وإلا كانت باطلة)) . وأكدته المادة 5 من القانون رقم 88- 27 المؤرخ في 12 جويلية المتضمن تنظيم مهنة التوثيق بقولها : ((يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية.........)).

كما جاء في القانون التجاري الجزائري ((أن كل بيع أو وعد بالبيع وبصفة أعم كا تنازل عن محل تجاري ، يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا)) (1) .

يتضح من خلال هذه النصوص ، أن عقد بيع المحل التجاري ، هوعقد شكلي . والكتابة تعتبر في هذه الحالة شرط للإنعقاد وشرط للإثبات ، لأن الإثبات يتبع الشكل حسب راي الأستاذ مصطفى كمال طه.

وتبعا لذلك فإشتراط الرسمية عندنا ،عند التنازل عن المحل التجاري عموما، أمر ضروري بالنسبة لإشهار التصرف أ ولتسجيل مكتسب المحل. وكذلك من أجل قيد إمتياز البائع (2) .

---

(1) أنظر :
المادة 79 من القانون التجاري . والملحق رقم : 1 فيما يخص اثبات بيع المحل التجاري.

(2) أنظر :
د / محمد حسنين ، الوجيز في الملكية الفكرية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1980 ، ص. 250 .

أما المشرع الفرنسي ، فلم يشترط شكلا معينا لبيع المحل التجاري ، بحيث نجده قد خير الأطراف بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية (المادة الأولى من قانون 29 جوان 1935) . غير أنه وعلى عكس من ذلك ، نجد أن المشرع المصري يجعل من عقد بيع المحل التجاري عقدا رضائيا، بمجرد توافق الإيجاب والقبول ، دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين . فا لبرغم ما جاء في المادة 37 فقرة 1 من القانون التجاري الجديد رقم 17 لسنة 1999 ، والتي قضت بأنه :

((كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأخير إستغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا)) . إلا أن الفقه المصري ، يرى أن الشكلية التي أقرها المشرع المصري ، لازمة لإثبات العقد فحسب ، وليس ركن في عقد البيع (1) .

بل هناك من يرى أن الشكلية ليست لازمة لإثبات العقد ، وإنما ضرورية لإنشاء إمتياز البائع وتقرير حقه في الفسخ، ومن ثم ، فبيع المحل التجاري يمكن إثباته بكافة الطرق (2) .

وفي هذا الخصوص صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 يقضي بأنه : تبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الإستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية، عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصية. ونتيجة لذلك ، قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام اجراءات البيع. وبهذا الحكم يكون قضائهم هذا، خرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري ، تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلا .

حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع بشكل آخر ، يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد.

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزمات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطلا بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع.

وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني .

فلهذه الأسباب قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار(3) .

---

(1) أنظر:
د / علي حسن يونس ، المحل التجاري ، دار الفكر العربي ، القاهرة سنة 1974 و ص. 168

(2) أنظر :
د / سميحة القليوبي ، الوجيز في القانون التجاري ، الطبعة الأولى، دار التهضة العربية االنشروالطباعة ، 1972 ، ص . 370 .

(3) أنظر :
الملحق رقم 2 .

2 ـ البيـــانـــــات الإلــــــزامية .

من أجل حماية مكتسب المحل التجاري (المشتري) من التدليس الذي قد يصدر من البائع ، وحتى يكون المشتري على علم كاف بالقيمة الحقيقة للمحل التجاري ، استلزم المشرع الفرنسي ـ ومن بعده المشرع الجزائري ـ بموجب المادة 12 من قانون 29 جوان 1935 أن يتضمن كل تنازل عن المحل التجاري ، مجموعة من البيانات الإلزامية تتعلق بهوية الأطراف وكذا بالوضعية المالية للمحل التجاري .
وحكم المادة 12 من قانون 29 جوان 1935 لا ينطبق إلا على التنازلات الودية عن المحل التجاري . وبالتالي تستثنى من مجال تطبيقها ، للبيع بالمزاد العلني وكذا انتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة.
أما المشرع الجزائري فقد استلزم في كل تنازل عن المحل التجاري مهما كان شكله ذكر البيانات الإلزامية ، حيث جاء في نص المادة 79/ فقرة 1 و2 تجاري ما يلي :
((كل بيع اختياري او وعد بالبيع ، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر ، أو كان يقضي بإنتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة في راس مال شركة ، يجب اثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا)) .
ويجب أن يتضمن العقد محل التنازل ما يلي :
1 ـــ أسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص وقيمة الشراء للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات.
2 ـ قائمة الإمتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري .
3 ـ رقم الأعمال الذي حققه في كل سنة من سنوات الثلاث الأخيرة ، او من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالإستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات.
4 ـ الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة.
5 ـ وعند الإقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل.
وفيما يلي شرح هذه البيانات لمعرفة الغرض الذي قصده المشرع من وجودها.

1 ـ ان الغرض من اشتراط اسم البائع السابق وتاريخ سند ملكيته وطبيعة هذا السند هو التأكد من السبب الصحيح لملكية البائع للمحل التجاري (1) . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فهذا البيان يمكن مكتسب المحل التجاري (المشتري) من التأكد مما إذا كان البائع قد استغل المحل التجاري، ام أنه يحترف عمليات المضاربة (2) .

---

(1) أنظر :
د/ أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، العقود التجارية ، الجزء الرابع ، دار النهضة العربية للنشر والطباعة بيروت ، 1980 1981 ص . 211 و212 .

(2) أنظر :
MICHEL PEDAMON , op , cit , p . 62

2 ـ أما المقصود من البيان الثاني ، هو اطلاع المشتري على القيمة الحقيقة للمحل التجاري ومعرفة قيمة الديون التي تثقله والتي تعتمد فيما بعد كأساس لتقييم المحل التجاري.

3 ـ أما بالنسبة لرقم الأعمال وقيمة الأرباح خلال الثلاث سنوات السابقة على بيع المحل التجاري ، فإنها تعتبر من أهم البيانات التي يجب أن يكون المشتري على علم بها، لعلاقتها الوثيقة بعنصر الإتصال بالعملاء ، والذي يعد أهم عنصر في المحل التجاري ان لم نقل هو المحل ذاته .

والمقصود بالأرباح في هذه المادة ،الأرباح الصافية ، وليست الأرباح الخام. أنظر في هذا الخصوص الحكم القضائي الصادر في فرنسا سنة 1971 (1) .

كما قضت محكمة باريس بان ذكر التقدير الجزافي المعتمد من قبل مصلحة الضرائب بدلا من الأرباح الحقيقة ، لا يحقق العلم الكاف بقيمة الأرباح (2) .

وقد يصعب الإدلاء برقم الأعمال وقيمة الأرباح ، في حالة ما إذا كان المحل التجاري مؤجرا تأجير تسيير من قبل البائع، الذي يجهل نتائج الإستغلال التي حققها المستأجر . وعلى ذلك يرى بعض الفقهاء (3) الإكتفاء بذكر قيمة الأتاوى، لكن هذا البيان أقل دلالة عن حقيقة الأمور مقارنة مع رقم الأعمال وقيمة الأرباح.

ويثور الإشكال بخصوص تحديد مفهوم < سنوات الإستغلال الثلاث الأخيرة> . فهل يقصد بها المشرع ثلاث سنوات مدنية تبدأ كل منها من 1 جانفي الى غاية 31 ديسمبر ، أم يقصد بها شيء آخر؟ في فرنسا تباين موقف كل من الفقه والقضاء .

ففي حين ذهب بعض الفقهاء والممارسين الى أن المقصود بالعبارة آنفة الذكر هي السنوات الحسابية (المالية) الثلاث الأخيرة (4) .

اما محكمة النقض الفرنسية قد استقرت عاى معنى آخر لعبارة " سنوات الثلاث الأخيرة " ، وهو المعنى الأقرب الى صياغة المادة 12 من قانون 29 جوان 1935 والتي تقابلها (المادة 79/ فقرة 2 تجاري) حيث قررت في حكم لها بتاريخ 24 جويلية 1954 وفي حكم آخر مؤرخ في 03 اكتوبر 1973 بأن مهلة الثلاث سنوات يجب أن تحسب فترة بفترة ، ويبدأ العد التنازلي إنطلاقا من تاريخ ابرام عقد البيع(5) .

---

(1) أنظر :

Com . 8 fev 1971. bul , civ , 1v ,n ; 36 , p . 2

(2) انظر :

JEAN – JAQUES BURST fonds de commerce (theorie des apports , apport d un fonds de commerce , conditions de validité et d' efficacité) , juris , class , fascicule 13, 1983 , p. 13:

(3) انظر :

JEAN – JACQUES BURST, juris class, fascicule 13, op, cit , p. 13

(4) انظر :

YVES GUYON; droit des affaires , (droit commercial général et des sociétés), tome, 1, 6ème édition , paris , économia, 1990, p. 692

(5) أنظر :

JEAN HEMARD , fonds de commerce , encyclopedie ,droit commercial , jurisprudence generale , Dalloz , 1973,p. 24

غير أن ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية يصعب تطبيقه في الواقع ، فان الممارسة العملية تبنت الحل التالي: يقوم البائع بالإدلاء برقم الأعمال وقيمة الأرباح للثلاث سنوات المدنية السابقة عن السنة التي تم خلالها البيع، وبخصوص هذه الأخيرة ـ بمعنى سنة التنازل ـ يقوم بتقديم رقم الأعمال والأرباح المحققة خلال الأشهر المنصرمة ابتداءا من 1 جانفي (1) .

وأخيرا فالغرض من البيان الخامس (المعلومات الخاصة بالإيجار) هو تمكين المشتري من الإطلاع على مدة الإيجار المتبقية ، وكذا تسهيل اتصالها عند الإقتضاء بالمؤجر من اجل الكشف عن موقفه بخصوص تجديد الإيجار مثلا . وفي الأخير يمكن ادراج ملاحظة هامة بخصوص البيانات في مجملها. أن التعداد الخاص بالبيانات الإلزامية ، والوارد في المادة 79/ فقرة 2 تجاري ، جاء على سبيل الحصر (2) .

ثانيا : المحاســـــــــــــــــبة و التسجيل.

1 ـ المحاسبة .

على غرار المشرع الفرنسي الذي اشترط استيفاء الشكليات المتعلقة بالمحاسبة بموجب المادة 15 من قانون 29 جوان 1935 . نص المشرع الجزائري في المادة 82 فقرة 1 تجاري على ما يلي : ((عند التخلي (التنازل) يوقع البائع والمشتري جميع الدفاتر الحسابية التي كان يمسكها البائع، والتي يرجع ضبطها الى سنوات الثلاث السابقة للبيع او لمدة حيازته للمحل التجاري ، إذا كانت هذه الحيازة ، لم تستمر ثلاث سنوات. وتكون هذه الدفاتر موضوع قائمة جرد ، توقع من قبل الأطراف وتسلم نسخة لكل واحد منهم)) .

ان هذا النص يتكلم بصراحة عن بيع المحل التجاري ، وهو في الحقيقة مكمل للمادتين 79 و80 نجاري ، حيث يمكن التوقيع او التأشير على الدفاتر التجارية الحسابية ، لمكتسب المحل التجاري (المشتري) من التأكد من صحة المعلومات المقدمة اليه والمقيدة في عقد البيع . بمعنى التأكد من صحة البيانات الإلزامية، وبالأخص رقم وقيمة الأرباح المحققة. إضافة الى مبلغ الديون التي تثقل المحل التجاري ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يمكن لمكتسب المحل التجاري أي المشتري ـ عند الإقتضاء ـ ان يعتمد على تلك الدفاتر الحسابية كوسيلة للإثبات في دعوى الضمان التي يريد مباشرتها (3) .

وبناء على ما سبق ، يلتزم البائع والمشتري بالتأشير على الدفاتر الحسابية الخاصة بالمحل التجاري ، والمتعلقة بالثلاث سنوات السابقة على حيازة المحل التجاري ، إذا لم تستمر تلك الحيازة ثلاث سنوات . ويعد التأشيربمثابة تقفيل لهذه الدفاتر ، فلاتتاح للبائع إضافة بيانات جديدة إليها .

---

(1) أنظر :

JEAN JACAUES BURST, juris class, fascicule,13 , op, cit , p. 12

(2) أنظر :

JEAN HEMARD , op ,cit , p . 24

(3) أنظر :

المادة 80 من القانون التجاري الجزائري.

كما تلزمهما المادة 82 فقرة 1 تجاري بتوقيع قائمة جرد لتلك الدفاتر ، ويحتفظ كل منهما بنسخة منها (1) . غير أن هذه الدفاتر المؤشر عليها تبقى مملوكة للبائع ولا يتنازل عنها للمشتري مع المحل التجاري ، لأنها لا تعد ضمن عناصره. والسبب في ذلك أن التاجر ملزما عموما بالإحتفاظ بدفاتره التجارية مدة عشر سنوات ، إبتداء من تاريخ إقفالها (2) .

ومع ذلك اعترف المشرع الفرنسي ومن بعده المشرع الجزائري ، للمشتري بالحق في استخدام دفاتر البائع لمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ البيع في القانون الفرنسي ومن تاريخ بدء الإنتفاع بالمحل التجاري ، في نظامنا القانوني . إذ جاء في نص المادة 28 فقرة 2 تجاري مايلي: ((وعلى المحيل أن يضع هذه الدفاتر (المؤشر عليها) تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بدء انتفاعه بالمحل التجاري)) . وهو حل حسن ، إذ يوفق بين التزام البائع بالإحتفاظ بدفاتره التجارية طيلة مدة العشر سنوات ، وبين حاجة المشتري للتأكد كم صحة البيانات الإلزامية (3) .

وعليه يلتزم البائع بأن يضع تلك الدفاتر المؤشر عليها تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات ، ابتداء من تاريخ انتفاعه بالمحل التجاري ، من أجل الإطلاع عليها والإستعانة بها لمعرفة الوقائع المتعلقة بالإستغلال التجاري .

ونخلص هنا الى نتيجة هامة ، مفادها أنه اذا كانت الدفاتر التجارية لا تعد من عناصر المحل التجاري ، فإن الحق في الإطلاع عليها ينتقل الى مكتسب المحل التجاري عند التنازل عنه . وبالتالي يمكن ادراجه ضمن العناصر المعنوية .

2 ـ التسجيل لدى المصالح العمومية.

التسجيل هو إثبات عملية قانونية على سجل عام ، فهو حق مالي للدولة تستوفيه من المتعاقد ، وذلك تحصيلا للضرائب على بعض العقود بواسطة موظف عام (الموثق) . إذ يقوم هذا الأخير بتقديم العقد الخاضع للتسجيل الى المصالح المختصة بذلك، حيث يؤشر عليه من طرف موظف عام بإتمام شكلية التسجيل (4) .

ومن بين العقود التي أخضعها المشرع الى عملية التسجيل (العقود التي تتعلق بنقل الملكية او الإنتفاع بأموال عقارية والمحلات التجارية ....) (5) .

---

(1) أنظر :

د / علي حسن يونس ، المحل التجاري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، 1974 ، ص . 36 و38

(2) أنظر :

المادة 12 من القانون التجاري الجزائري.

(3) أنظر :

د / سميحة القليوبي ، نظرية الأعمال التجارية والتاجر ، الملكية الصناعية والتجارية ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الجزء 69 ، بيروت ، الدار العربية للموسوعات ، دون سنة نشر ، ص . 346،347 .

(4) أنظر :

AMAR GUELIMI , fiscalite de l enregistrement , aspects juridiques et economiques. Office Des publicqtions universitaires , alger , sans annee de publication , p. 24

(5) أنظر :

المادة 9 من القانون التجاري الجزائري.

ونفس القانون يلزم الموثق بتسجيل هذه العقود في أجل لا يتجاوز الشهر، ذلك ما قضت به المادة 58 من قانون التسجيل بقولها : ((يجب أن تسجل عقود الموثقين في اجل شهر ابتداء من تاريخها ... .))
ويتم تسجيل العقود الموثقة وذلك بتلخيصها مسبقا في كشوف معدة من طرف المحررين على النسخ الأصلية، حيث تودع هذه الكشوف لدى مصلحة التسجيل وعند مخالفة ذلك يرفض التسجيل (1) .

ثالثا : القيد في السجل التجاري والإشهار .

1 ــ القيد في السجل التجاري.

بمجرد ان يتم بيع المحل التجاري ، يسارع بائع المحل التجاري الى المطالبة بشطبه من السجل التجاري (إذا أدى هذا البيع الى توقفه من مزاولة التجارة وبالتالي يفقد صفة التاجر) او تعديل البيانات المقيدة فيه (إذا ما احتفظ بصفة التاجر) وذلك حتى يتملص من المسؤولية التي قد تقع على عاتقه من جراء الإلتزامات التي يتعهد بها المشتري (2) . وهذا ما قضت به المادة 23 تجاري بقولها: ((.......... فانه لا يمكن للتاجر المسجل الذي يتنازل عن متجره .... ان يحتج بانتهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية التي هي من جراء الإلتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر إلا ابتداء من اليوم الذي وقع فيه الشطب اوالإشارة المطابقة ...))
وتجب المطالبة خلال مهلة شهرين من تاريخ التوقف عن استغلال المحل التجاري .
وإذا كان الأصل ان الشطب من السجل التجاري او الإشارة المطابقة تتم بمبادرة من المعني بالأمر أي بائع المحل التجاري ، الا أنه يجوز ان يتم ذلك من قبل شخص له مصلحة . وهذا ما قضت به المادة 26 تجاري والتي نصت على ما يلي : ((ان الإشارة الخاصة بالتعديلات الطارئة على وضعية التاجر المسجل وكذا التشطيبات الواقعة في حالة توقف نشاطه التجاري .... يمكن طلبها من شخص له مصلحة في ذلك ....)) .

وبذلك يمكن للمشتري المستفيد من المحل التجاري ، ان يطلب شطب البائع (بائع المحل التجاري) من السجل التجاري او تعديل البيانات الخاصة به (3) .
ويؤدي عدم التصريح لدى السجل التجاري ، سواء من جانب البائع او المشتري ، زيادة على عدم امكانية الإحتجاج بالوقائع والتصرفات تجاه الغير، الى الخضوع للعقوبات الجزائية المنصوص عليها في المادة 28 تجاري والمواد 26و27و28 من القانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري.

---

(1) أ،ظر :
المادة 15 من قانون السجل التجاري ، معدلة بقانون رقم 09/85 المؤرخ في 1985/12/26

(2) أنظر :
د / أحمد محرز ، القانون التجاري ، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص . 65

(3) أنظر :

ROGER HOUIN ET RENE RODIERE . droit commercial , 7 eme edition , paris , 1981 ,p. 102

2 ـ أشـهـــــــار البيع.

أن اشـهار البيـوع او التنـازلات بصـفة عامـة عـن المحـل التجـاري ، وجـدت بهدف منع التحويلات الغير قانونية . وقد فرضـها قـانون 17 مـارس 1935 لحمايـة الدائنين . ويستفاد من ذلك ان الإشهار القانونـي لـه ميزة خاصـة (1) .

ـ الإشهار في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية:

يجب ان يكون بيع المحـل التجـاري موضـوع اشـهارين محليـين مسـتقلين فـي جريـدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة او الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري. وبالنسبة للمحلات المتنقلة فمكان الإستغلال ، هـو المكـان الـذي يكـون البـائع مسـجلا فيه بالسجل التجاري (2) . وفـي فرنسا يقوم الـوالي بمسـاعدة لجنــة استشـارية كـل سـنة بتحضير قائمة الجرائد التي يمكنها تلقي الإعلانـات القانونيـة. وتشـترط المـادة 2 مـن قانون 4 جانفي 1955 في هذه الجريدة مجموعة من الشروط:

ـ الصدور منذ اكثر من ستة اشهر على الأقل مرة في الأسبوع.

ـ ان تحقق توزيعا لإعدادها يتجاوز حد ادنى يحدد طريقة التنظيم (3) .

أـ أما عن الإشهار المحلي الأول ، فيجب ان يتم بمبادرة من المشتري خلال 15 يوما من تاريخ ابرام عقد البيع بغض النظر عن تاريخ تسجيل العقد l enregistremt او تاريخ بدء الحيازة. وتحسب ايام العطل ضمن 15 يوما، غير انه إذا كان آخر يوم عطلة ، فانه يصح اجراء الإشـهار فـي اليوم التـالي (4) . ويكـون الإشـهار علـى شكل ملخص او على شكل اعلان ، بمعنى مجرد توضيح للبيانات القانونية.

ويشترط ان يتضمن الملخص او الإعلان على البيانات التالية:

1 ـ تاريخ البيع.

2ـ اسم ولقب البائع وكذا المعلومات الخاصة بالمشتري.

3 ـ نوع المحل التجاري ومركزه.

4 ـ تعيين الموطن المختار في مكتب التوثيق الذي يختاره الطرفان.

5ـ تعيين المهلة المحددة فيما بعد للمعارضات (5) .

امـا فـي فرنسـا فقد استبدل المـوطن المختـار الـذي يـتم تعيينـه فـي حالـة بيـع المحـل التجاري لتلقي المعارضات ، بتعيين كاتب ضبط المحكمة التجارية التـي يسـتغل فـي دائرة اختصاصها المحل التجاري والذي يجب على الدائنين التصـريح عن حقوقهم لديه (6) .

---

(1) لأنظر :
GEORGES RIPERT ET RENE ROBLOT , op ,cit , p . 90

(2) أنظر :
المادة 82 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

(3) أنظر :
JEAN – JACQUES BURST , juris class, , fasc , 13 , op , cit; p . 22

(4) أنظر :
GEORGES RIPERT ET RENE ROBLOT, op , cit , p . 420

(5) أنظر :
المادة 83 فقرة 2 من القانون التجاري

(6) أنظر :
ROGER HOUIN ET RENE RODIERE , op , cit , p . 106

ب ـ اما الإشهار المحلي الثاني والذي نصت عليه المادة 83 فقرة 3 تجاري فيتم عن طريق تكرار عملية الإشهار في الجريدة المختصة بالإعلانات القانونية خلال مهلة تتراوح ما بين ثمانية وخمسة عشرة يوما من تاريخ الإشهار الأول. ويتضمن الإشهار المحلي الثاني البيانات ذاتها والتي سبق ذكرها بخصوص الإشهار المحلي الأول (1) .

ومن الصعب ان يتم ادراج الإشهار المحلي الأول والثاني في عددين متتاليين من نفس الجريدة الأسبوعية ، لأن الفترة بينهما اقل من ثمانية ايام . ومع ذلك فبعض المحاكم في فرنسا تقبلت هذه الممارسة واعتبرتها قانونية . وطبقا لذلك يقول الأستاذ: jean – Jacques burst ما يلي:

((Des lors , en vertu , d un usage
admis par la doctrine et consacre par la jurisprudence pour satisfaire aux necessites pratiques actuelles , en cas de publicité hebdomadaire , la deuxième insertion est valablement faite dans le numero du journal d'annonces légales de la semaine qui suit celle de la première insertion)).(2)

وحاليا لا يتطلب القانون في فرنسا تجديد الإشهار المحلي (3) .

ومع ذلك فمن غير المؤكد ان تتقبل محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير لكونه يشكل خطرا على تحديد المهل القانونية والذي يتم بقواعد آمرة (4) .

ـ الإشهار في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية (BOAL)

لقد نصت عليه المادة 83 فقرة 4 تجاري بقولها: ((ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوما من أول نشر)) .

وقد جاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 70/92 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية ما يلي: ((يكلف المركز الوطني للسجل التجاري بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ونشرها كما نصت على ذلك احكام المواد من 20 الى 30 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 غشت سنة1990 (5) .

وعليه يقوم مامور السجل التجاري المركزي بناء على طلب من المشتري باعلان عقد بيع المحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوما من اول نشر . ولم ينص المشرع الجزائري على البيانات الواجب ادراجها في هذا الإشهار الوطني، ونعتقد ان يتضمن الإعلان المدرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية نفس البيانات المتطلبة في الإعلان او الملخص المنشور في الجريدة المختصة بالإعلانات القانونية والتي سبق ذكرها.

---

(1) أنظر :
RIPERT ET ROBLOT; op, cit , p. 420

(2) أنظر :
JEAN – JACQUES BURST , op , cit , fasc , p . 23)

(3) أنظر :
RIPERT ET ROBLOT , op , cit , p . 420

(4) أنظر :
YVES GUYON , op , cit , p . 694

(5) أنظر :
المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 23 فبراير والمتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية الجريدة الرسمية الصادرة في 23 فبراير 1992 ، العدد ، 14 .

واشير في الأخير الى ان اشهار بيع المحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية يتم ضمن المجموعة الأولى قسم ب والتي تتناول الحالة القانونية للتجار والمحلات التجارية (1) .
وما يمكن ملاحظته هو ان النشرة الرسمية تعاني من الناحية العملية من بعض المشاكل حيث انها لا تصدر بصفة مستمرة وانتظام، الأمر الذي يؤدي الى نشر عمليات عدة سنوات بعد تاريخ ابرامها وهذا يتنافى مع الهدف المنشود قانونا (2) .

الفرع الثاني:

جزاء الإخلال بشكليات عقد بيع المحل التجاري.

نظرا لأهمية الشروط الشكلية آنفة الذكر ، رتب المشرع جزاء في حالة اهمالها يختلف تبعا لنوع الشرط. فنجده احيانا ينص على البطلان المطلق واحيانا أخرى على البطلان النسبي . وفيما يلي نتعرض للجزاء المترتب على مخالفة كل شرط من الشروط المذكورة أعلاه ونبدا بالجزاء المترتب على مخالفة الكتابة الرسمية والمحاسبة (اولا) البيانات الإلزامية والتسجيل(ثانيا) واخيرا الإشهار والقيد في السج التجاري(ثالثا) .

أولا : الجزاء المترتب عن مخالفة الكتابة الرسمية والمحاسبة .

1 ـ الجزاء المترتب عن مخالفة الكتابة الرسمية.

يرتب القانون على مخالفة الكتابة الرسمية ، بطلان عقد بيع المحل التجاري بطلانا مطلقا، ذلك ما نصت علية المادة 79 فقرة 1 من القانون التجاري(وتقابلها المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني) .
وبناء على ذلك ، فالشكلية التي يفرضها القانون دائما تتعلق بالنظام العام ، فلا يمكن الإتفاق على مخالفتها . وفي حالة تخلفها فلا يمكن استيفائها ، فاذا انعقد العقد بغير استيفاء الشكل المقرر قانونا ، اعتبر هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا. ولا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، فمن اللحظة التي يتم فيها التوقيع على عقد بيع المحل التجاري من ذوي الشأن أمام الموثق ينعقد العقد. اما قبل ذلك فلا يتم انعقاد العقد حتى ولو تم التراضي وتسلم كل من المشتري للمحل التجاري والبائع للثمن(3) .

2 ــ الجزاء المترتب على مخالفة الشكليات المتعلقة بالمحاسبة.

يترتب على ذلك بطلان الشرط الوارد في عقد البيع والذي يعفي بمقتضاه البائع من اتمام الشكليات المتعلقة بالمحاسبة، وبالأخص التزامه بوضع الدفاتر المؤشر عليها تحت تصرف المشتري ، من اجل الإطلاع عليها .

---

(1) أنظر:
المادة 3 من الرسوم التنفيذي 70/92 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القنونية
(2) أنظر :
د / فرحة زراوي ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1995 ، ص. 225
(3) أنظر :
مجلة الموثق ، المرجع السابق ، العدد ، 7 ، جويلية 1997 ، ص . 12

وهذا ما قضت به المادة 82 تجاري بقولها: ((.......... وعلى البائع ان يضع هذه الدفاتر تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بدء انتفاعه بالمحل التجاري . ويعتبر لاغيا كل شرط مخالف لما جاء في عقد التنازل (البيع))) .

ثانيا: الجزاء المترتب عن اغفال احدى البيانات الإلزامية او كلها والتسجيل.

1 – الجزاء المترتب عن اغفال احدى البيانات الإلزامية او كلها.

نص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 79 تجاري و(تقابلها المادة 12 فقرة 2 من قانون 29 جوان 1935 على ما يلي: ((....... ويمكن ان يترتب على اهمال ذكر البيانات المقررة آنفا بطلان عقد البيع بطلب من المشتري اذا كان طلبه خلال السنة)) .

وعليه فإغفال احدى البيانات الإلزامية او كلها يمكن ان يؤدي بطلان عقد البيع (1) .

ولكن البطلان هنا في هذه الحالة ، يتميز بخاصيتين اساسيتين:

– من جهة هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المشتري فقط . في حين ان القواعد العامة ، تقضي بان العيوب الشكلية تؤدي الى البطلان المطلق (2) . زيادة على ذلك فأحكام البطلان المترتبة عن اغفال البيانات الإلزامية تختلف عن الأحكام العامة للبطلان النسبي . ذلك انه لا يجوز التمسك بهذا البطلان إلا سنة من تاريخ ابرام عقد البيع . في حين ان القواعد العامة تقضي بجواز التمسك بالبطلان النسبي خلال عشرة سنوات ، تبدأ من اليوم الذي يكشف فيه العيب وإلا خلال خمسة عشرة سنة من تاريخ ابرام العقد (3) .

ومهلة السنة هي ميعاد سقوط لا يرد عليها الوقف ولا الإنقطاع (عكس مدة التقادم) ويترتب على انقضائها عدم قبول الدعوى (4) . ويبدأ حساب مهلة السنة ، رغم ان المادة 79 تجاري ، لم توضح ذلك صراحة و كذا المادة 12 آنفة الذكر ، من تاريخ البيع (5) . ويمكن للمكتسب (المشتري) بعد انقضاء مهلة السنة ، ان يتمسك بالحق في البطلان على اساس التدليس والذي يبقى قائما مدة العشر سنوات . ولكن عليه حينها ان يثبت ان الإهمال كان متعمدا (6) . ومن جهة أخرى ، فهو بطلان اختياري بالنسبة للقاضي. وهذا ما يستنتج من عبارة: ((ويمكن ان يترتب على اهمال ذكر البيانات المقررة آنفا بطلان عقد البيع ....)) الوارد في المادة 79 تجاري.

---

(1) أنظر :

JEAN – PIERRE LE GALL , droit commercial , 7 eme edition , paris, 1981, p . 43

(2) أنظر :

GEORGES RIPERT . traite elementaire de droit commercial , par RENE ROBLOT, tome , 1 , 10 ème édition , paris , L.G.D.J, 1980 , p. 415

(3) أنظر :

المادة 101 من التقنين المدني

(4) أنظر:

YVES GUYON , droit des affaires , (droit general et societés) tome , 1 , 6ème édition , paris , 1990, p. 693

(5) أنظر :

JEAN HEMART , op , cit , p. 24

(6) أنظر :

RIPERT ET ROBLOT , op , cit , p . 416

كمـا نشـير الـى انـه فـي حالـة النطـق بـالبطلان ، تقـوم مسـؤولية الموثـق الـذي حرر العقد(1). حيث جاء في المادة نص المادة 8 فقرة 1 من قانون التوثيق على أنه: ((يجـب علـى الموثـق أن يقـدم وان يتأكـد مـن صـحة وفعاليـة العقـود الموثقـة او المحررة)) (2) .
وتواصـل المـادة 14 مـن نفـس القـانون قولهـا : ((دون الإخـلال بالعقوبـات المدنيـة والجزائية التي اقرها التشريع والتنظيم المعمول بهما ، يمكن ان يترتـب علـى عدم صحة البيانات الإلزامية الواردة في العقد نـوعين مـن الجزاء. فـاذا قصد البـائع من ورائها مخادعة المشتري ، فيمكن لهذا الأخير ان يتمسك بالتدليس من اجل المطالبـة بابطال العقد وفقا لأحكام القانون المشترك. ويبقى حق المشتري في دعوى البطلان مدة 10 سنوات ابتداء من اليوم الـذي يكشـف فيـه التـدليس . علـى ان لا يتجـاوز ذلـك 15 سنة من وقت ابرام العقد.

اما اذاكان عدم ذكر البيانات الإلزامية غير ناتج عن طرق تدليسية فان المشرع منح للمشـتري الحـق فـي دعـوى الضـمان (3) . حيـث جـاء فـي نـص لمـادة 80 تجـاري (وتقابلها المادة 13 فقرة 1 من قانون 29 جوان 1935 الفرنسي) ما يلـي : ((يكـون البائع ملزما بضمان ما ينشأ عن بياناته غير الصحيحة ، حسب الشروط المقررة فـي المادتين 376 و379 من التقنين المدني بالرغم من كل شرط مخالف في العقد)). بمعنى حسب الشروط المتعلقة بضمان العيوب الخفية (4) .
وعليـه فـان المشـتري يستفيد فـي حالـة عدم صـحة البيانـات الإلزاميـة ، مـن دعـوى الضمان في مواجهة البائع . لكن عليه ان يثبت عدم صحة البيانات آنفـة الـذكر . وان ذلك قد اوقعه في غلط في قيمة المحل التجاري والحقه ضرر من جراء ذلك. (5) .
واضـاف المشرع الجزائري في المادة 81 تجاري (وتقابلها المادة 14 من قانون 29 جـوان 1935) حكمـا يخـص ممارسـة دعـوى الضـمان مفـاده انـه : ((يجـب علـى المشتري رفع الدعوى الناجمة عن المادة 80 تجاري في مهلة سنة واحدة من تـاريخ حيازتـه)) .
كما اكدت محكمة النقض الفرنسية في احد احكامها في ذلك قائلة :
ان البطلان المنصوص عليه في المادة 12 مـن قـانون 29 جـوان 1935 هـو بطـلان اختياري بالنسبة للقاضـي ، والـذي بامكانـه ان يقـدر مـدى تـاثير اهمـال ذكـر البيانـات على ارادة المشتري ، وهل ادى ذلك الى عيب في رضـا المكتسب (6) .

---

(1) أنظر :
YVES GUYON , op , cit , p . 693

(2) أنظر :
القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 1988 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، الجريدة الرسمية ، الصادرة في 13 يوليو 1988 ، العدد ، 28

(3) أنظر :
JEAN JACQUES BURST, fasc , 13 , op , cit , p. 13

(4) أنظر :
ROGER HOUIN , RNE RODIERE , droit commercial , 7 eme edition , paris , 1981 , p. 101

(5) أنظر :
MICHEL PEDAMON , op , cit , p. 208

(6) أنظر :
JEAN HEMARD , op , cit , p . 24

وفي قرار آخر صادر في 23 جوان 1980 :
(Epoux berthelot c Epoux Amri).)(1)
صرحت المحمكة الفرنسية : ((قائلة بانه يمكن للمجلس القضائي ان يطالب ببطلان بيع المحل التجاري ، رغم اغفال ذكر الأرباح المحققة في العقد. طالما ان ارادة المشتري لم يلحقها أي عيب من جراء ذلك . غير ان قرار المجلس القضائي منتقدا ، اعتبر بان عقد البيع يتضمن بيانا متعلقا بالأرباح. في حين ان العبارة الواردة به لا تفيد ذلك ، حيث جاء في العقد: ((في سنة 1975 الأرباح غير محددة منذ اكتوبر)). وعليه فدور القاضي مهم ، اذ عليه ان يتاكد ـ قبل ان ينطق بالحكم ـ من ان اهمال ذكر البيانات الإلزامية او احدها ، قد ادى الى عيب في رضا المشتري والحاق الضرر به)).
وبمفهوم المخالفة ، لامجال للنطق بالبطلان اذا تبين لن المشتري ، كان على علم بها وان ذكرها لم يلحق به أي ضرر . ومثال ذلك ان يكون قد علم بها اثناء المفاوضات التي سبقت ابرام العقد(2) .
ونخلص هنا الى انه في حالة ذكر احدى البيانات الإلزامية في عقد البيع ، يجوز للمشتري المطالبة بابطال عقد البيع. وهو بطلان ذو طابع اختياري ، اذ يمنح القاضي السلطة التقديرية للنطق به من عدمه ، تبعا لظروف وملابسات كل قضية(3)
.
وعلى ذلك فميعاد رفع دعوى الضمان لعدم صحة البيانات الإلزامية في العقد، هو سنة ابتداء من تاريخ بدء الحيازة. على عكس دعوى البطلان نتيجة اهمال ذكر البيانات الإلزامية، والتي يحسب ميعاد رفعها ابتداء من ابرام العقد . ويترتب على ذلك أنه اذا لم تنتقل حيازة المحل التجاري للمشتري ، فان ميعاد السنة لا يبدا في السريان . ويبقى المشتري حينها محتفظا بحقه في دعوى الضمان. ومع ذلك تعد مهلة السنة هنا ـ شانها في ذلك شان مدة السنة لرفع دعوى البطلان نتيجة اهمال ذكر احدى البيانات الإلزامية ـ ميعاد سقوط لا مدة تقادم (4) .
ومضمون دعوى الضمان لعدم صحة البيانات الإلزامية الواردة في العقد ، يتمتع فيها المشتري بالخيار بين رد المحل التجاري واسترجاع الثمن ، وبين الإحتفاظ به مع تخفيض الثمن في القانون الفرنسي(المادة 1644 مدني) .

---

(1) أنظر :

JEAN DERRUPE , organization generale du commerce , revue trimestrielle de droit Commerciale et de droit economique n 0 _ 1 , 1981 , sirey , p. 65

(2) أنظر :

MICHEL PEDAMON , op , cit , p. 208

(3) أنظر :

JEAN JACQUES BURST , fasc , 13 , op , cit , p . 13

(4) أنظر :

JEAN HEMARS , op , cit , p . 25

او مع التعويض في القانون الجزائري ، وذلك وفقا لأحكام المادة 381 مدني التي تحيل مياشرة الى الأحكام الواردة في المادة 386 مدني .

2 – جزاء الإخلال بعدم التسجيل او التاخير في التسجيل.

لقد جاء في نص المادة 93 من قانون التسجيل على أنه: ((يتعين على الموثقين ....الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة ان يدفعوا شخصيا غرامة يحددد مبلغها عن كل مخالفة ، كما ياتي :

10/% اذا كان التاخير في التسجيل يتراوح مابين واحد وثلاثين يوما.

الزام مالي مقدر ب 3% كل شهر للتاخير ، اذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير وذلك دون ان يتعدى مجموع الإلتزام المالي والغرامة الجبائية المشار اليها مسبقا مستوى 25% .

غير ان الموثقين...................الذين لم يسجلوا في الآجال المقررة ، يتعرضون لعقوبات تاديبية . تمارسها السلطة المختصة التي ينتمون اليها ، دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات اخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها)) (1) .

يتضح من فحوى هذا النص ان المشرع اوقع غرامات مالية على الموثقين الذين لم يسارعوا بتسجيل عقودهم لدى مصالح التسجيل في الآجال المحددة قانونا ، كما رتب في حقهم عقوبات تاديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة، فضلا عن عقوبات اخرى ، لم يحدد المشرع نوعها .

كما جاء في نفس المادة 93 مكرر على انه : ((ويطبق مضمون هذه المادة على الأطراف الذين لم يقوموا بالتسجيل في الآجال المحددة في المادة 61 ، العقود التي تتضمن تحويل الملكية او استغلال المنقولات)) (2) .

---

(1) أنظر :

المادة 93 من قانون التسجيل . معدلة بموجب المواد 4 من قانون المالية لسنة 1991 ، 34 من قانون المالية لسنة 1993 ، 31 من قانون المالية لسنة 1994 ، 42 من قانون المالية لسنة 1996 . والمادة 22 من قانون المالية لسنة 2000 .

(2) أنظر :

المادة 93 مكرر . معدلة بموجب المادة 23 من قانون المالية لسنة 2000 .

ثالثا: جزاء الإخلال بالقيد في السجل التجاري والإشهار.

1 ـ جزاء الإخلال بالقيد في السجل التجاري.

جاء في نص المادة 97 تجاري (1) . على انه:
((يجب قيد البيع في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ عقده وإلا كان باطلا . وتبقى المهلة سارية ولو في حالة صدور الحكم باعلان الإفلاس ولكل مصلحة ان يتمسك بهذا البطلان وان كان المدين نفسه. واذا تم القيد بالطريقة المشار اليها فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الإحتجاج به على التفليسة والتصفية القضائية للمشتري))
يتضح من هذا النص ان عدم تسجيل بيع المحل التجاري، يؤدي الى ابطال العقد بطلانا مطلقا، بحيث يجوز لكل شخص ابطاله حتى ولو كان البائع المفلس نفسه وهو الذي يطلب الإبطال .
كما يؤدي عدم القيد ايضا في السجل التجاري ، الى عقوبات جزائية نصت عليها المادة 28 تجاري بقولها: ((كل شخص طبيعي او معنوي غير مسجل في السجل التجاري ، يمارس بصفة عادية نشاطا تجاريا ، يكون قد ارتكب مخالفة تعاين ويعاقب عليها طبقا للأحكام القانونية السارية في هذا المجال)). والمواد 26 و27و28 من القانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري.

2 ـــ جزاء الإخلال باجراءات الشهر.

لم ينص المشرع على الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالإشهار . لكن وفاء المشتري بالثمن للبائع لا يحتج به على دائني هذا الأخير، والذي بامكانهم طلب تسديد ثاني ما بين ايديهم . ويكون نفس الشيء اذا تم دفع الثمن للبائع قبل انتهاء ميعاد العشرة ايام والتي من خلالها يمكن ان تتم المعارضات (قانون 17 مارس 1909 ، المادة . 3 ، الفقرة الأخيرة) (2) .
ولقد استخلصت محكمة الإستئناف الفرنسية ، انه في حالة التسوية القضائية ، يتصرف السنديك باسم جميع الدائنين سواء كانوا معارضين ام لا ، اذ يحق له مطالبة المشتري قيمة الدفع والذي قام به قبل الأوان.
واذاكان النشر غير صحيح او غير كامل، فالأمر هنا متروك للمحكمة ، اذ تقدر فيما اذا تسبب ذلك في ضرر لدائني البائع. أما اذا كانت النشرات متاخرة ، فالمشتري لا يتعرض لأي عقوبة طالما لم يدفع الثمن للبائع (3) .

---

(1)
وقد اعتبر القانون الفرنسي أن عدم تسجيل عقد البيع خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنعقاد ، يؤدي الى ابطاله.
بينما اعتبر القانون المصري ، ان عدم تسجيل العقد خلال حمسة عشرة يوما ، يكون التسجيل باطلا ولم يبطل العقد لعدم التسجيل .

(2) أنظر :
ALFRED JAUFFRET , op , cit , p . 391

(3) أنظر :
ALFRED JAUFFRET, OP , CIT , P . 391 392

كما يترتب البطلان في حالة عدم نشر ملخص عقد بيع المحل التجاري والذي يحتوي على بيانات تتمثل في :
عدم ذكر اسم المالك الجديد والمالك السابق ولقبه وعنوانه ونوع المحل التجاري ومركزه وبيان مدة المعارضات لأصحاب الحقوق واختيار موطن المشتري في دائرة اختصاص المحكمة. فان البطلان الذي يترتب هنا في هذه الحالة ، هو بطلان النشر وليس بطلان عقد بيع المحل التجاري (1)
ومجمل القول ، انه في حالة عدم ذكر هذه المعلومات فان النشر يكون باطلا ولا يترتب على ذلك بطلان عقد البيع بسبب عدم النشر.
وعلى الرغم من ان عد م النشر لا يؤدي الى ابطال العقد الا انه يعد شرطا قانونيا رسميا لا بد من توافره.

الفرع الثالث:
آثـــــــار بيع المحل التجاري

ينتج عن بيع المحل التجاري التزامات على كل من البائع والمشتري، وتتمثل التزامات البائع بتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية وعدم التعرض والمنافسة،وشطب اسمه من السجل التجاري بينما تنحصر التزامات المشتري بتسلم المبيع ودفع الثمن.
ونبدأ بالتزامات البائع (اولا) ثم التزامات المشتري (ثانيا) .

أولا : التزامات البائع.
تتلخص التزامات البائع في جملة من النقاط كما سبق ذكرها أعلاه ، تسليم المبيع (1) ضمان العيوب الخفية (2) عدم التعرض والمنافسة (3) وأخيرا شطب اسمه من السجل التجاري (4) .

1 ـ الإلتزام بتسليم المبيع.
يعتبر المحل التجاري منقولا معنويا معينا بذاته، وبالتالي تنتقل ملكيته من البائع الى المشتري بمجرد العقد. وتأسيسا لذلك ، يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع الى المشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع (2) .
ولما كانت عناصر المحل التجاري ، لاتفقد ذاتيتها و طبيعتها ، ومن ثم تخضع في انتقال ملكيتها الى القواعد العامة والإجراءات الخاصة بكل منها. ولذلك فاذا كان القانون يستلزم لنقل ملكية بعض العناصر ، اتخاذ اجراءات معينة ، فانه يتم القيام بها حتى تنتقل ملكيتها الى المشتري. ومثال ذلك الإسم التجاري والذي يدخل ضمن عناصر المحل التجاري المعنوية التي يشملها عقد البيع، الا اذا تم الإتفاق على احتفاظ البائع به.

---

(1) أنظر :
المادة 83 من القانون التجاري
(2) أنظر :
فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 222

فاذا كان الإسم التجاري ضمن العناصر التي يشملها البيع ، فان ملكيته تنتقل فيما بين المتعاقدين الى المشتري بمجرد ابرام العقد ، ومن ثم يمتنع على البائع اتيان أي عمل يحول دون استعمال المشتري هذا الإسم (1) .

ولما كان بيع المحل التجاري مال معنوي غير مادي ، فليس من الضروري ان يضع المشتري يده عليه في مواجهة الغير. فمن الثابت انه يجب على المشتري ان يضع يده على العناصر المادية. لكن الأمر يختلف بالنسبة الى العناصر الأخرى ، اذ يجب احترام الإجراءات الخاصة بكل عنصر من عناصره المعنوية. ويترتب على ذلك انه يجب تبليغ انتقال الحقوق والديون الناشئة عن استثمار المحل التجاري . كما يجب احترام كافة الأحكام القانونية الخاصة باشعار التنازل عن حقوق الملكية الصناعية (2) .

2 ـ الإلتزام بضمان الإستحقاق والعيوب الخفية .

أ ـ الإلتزام بضمان الإستحقاق:

يقصد بالإستحقاق حرمان المشتري كليا او جزئيا من المحل التجاري المباع، بسبب ثبوت حق الغير على المتجر او عنصر منه. ومن صور الإستحقاق التي يضمنها البائع، بيع المحل التجاري لمشتري اول ثم بيعه الى مشتري ثان ، او في حالة ما اذا كان المحل التجاري مثقلا برهن لمصلحة دائن لجأ الى التنفيذ الجبري على المحل التجاري المرهون من اجل استيفاء دينه. ففي هذه الحالة يكون للمشتري حق الرجوع على البائع بضمان الإستحقاق(3) .

وعليه يمكن ان يتعلق الأمر بالإستحقاق الكلي او الجزئي ، اذ يمكن للمشتري في الحالة الأولى ، طلب الغاء العقد واستعادة الثمن، وفي الحالة الثانية ، يجوز له طلب انقاص الثمن مع دفع تعويضات (4) .

ب ـ ضمان العيوب الخفية:

يلتزم البائع وفقا لأحكام القانون المدني ، بضمان خلو المحل من العيوب الخفية التي تنقص من قيمته. ومن امثلة العيوب الخفية التي يمكن ان تكون في المحل التجاري ، ان يكون الترخيص باستغلاله قد سحب قبل البيع ، او ان براءة الإختراع الداخلة ضمن عناصره قد انتهت مدتها . ومن ثم يحق للمشتري اذا وجد عيب خفي ، ان يطلب فسخ العقد ورد الثمن (5) .

---

(1) أنظر :
د / خلف محمد، ايجار وبيع المحل التجاري ، ، دار محمود للنشر والتوزيع ، الطبعة الخامسة ، 2001 ، ص . 67

(2) أنظر :
د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 223 و 224

(3) أنظر :
د / السيد خلف محمد ، المرجع السابق ، ص . 225 و226

(4) أنظر :
د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 225 و226

(5) أنظر :
د/ السيد خلف محمد ، المرجع السابق ، ص . 84

كما يمكنه ان يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر وخسارة. وكان يتمثل ضمان العيوب الخفية ، في قانون 29 جوان 1935 في عدم صحة البيانات الإجبارية في عقد البيع(1) .

3 ـ الإلتزام بعدم التعرض وعدم المنافسة.

وفقا للقواعد العامة يقع على البائع الإلتزام بعدم التعرض للمشتري . وطبقا لذلك يتعين على البائع الا يتعرض للمشتري في استغلاله للمحل التجاري . ويعني ذلك انه لا يجوز للبائع ممارسة نشاط مماثل على نحو يضر بالمشتري ويؤدي الى تحويل العملاء من المحل التجاري المباع (2) . وغالبا ما نلاحظ ان عقود بيع المحال التجارية تتضمن شرطين صريحين يفرضان على البائع عدم منافسة المشتري.

الشرط الأول: يجب قبل كل شيء ان يكون الإلتزام بعدم المناقسة محددا ، بمعنى يخص نوعا معينا من التجارة. وهذا المنع يقتصر على انواع التجارة المماثلة او المتشابهة.

الشرط الثاني : يجب ان يكون الإلتزام بعدم المنافسة محددا ايضا من حيث المكان والزمان . أي يجب ان لايكون عاما ومطلقا ، بمعنى ان البائع ملتزما بعدم المنافسة في حدود منطقة معينة، وذلك بافتتاح محل آخر في دائرتها (3) .

كما يجب ان لا يكون الإلتزام بعد المنافسة ابديا، أي يجوز ان ينص في الإتفاق على مدة خمسة او عشر سنوات ، يمتنع خلالها البائع من ممارسة تجارة مشابهة للنشاط السابق(4) .

4 ـ التزام البائع بشطب اسمه من السجل التجاري.

يلتزم البائع بشطب اسمه من السجل التجاري في حالة توقفه عن ممارسة التجارة. فاذا لم يقم بهذا الإجراء ، يجوز لدائني مشتري المحل التجاري متابعة البائع للوفاء بجميع الإلتزامات التي التزم بها تجاه المشتري . كما يجب على البائع الذي توقف نهائيا عن ممارسة التجارة بصورة نهائية ، ان يتقدم الى ادارة الضرائب تصريحا بشهادة الشطب من السجل التجاري . حيث يحق لهذه المصلحة مطالبة البائع بدفع كافة الضرائب المتعلقة باستغلال المحل التجاري الذي تم بيعه (5) .

---

(1) أنظر :
ALFRED JAUFFRET, op , cit , p . 393

(2) أنظر :
د / هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص . 306و307

(3) أنظر :
MICHEL PEDAMON, op, cit , p . 215

(4) أنظر :
د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 228

(5) أنظر :
د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 230

يستخلص مما تقدم ان القانون القى بجملة من الإلتزامات على البائع وبالمقابل منحه عدة ضمانات وهي :

ضمانات البائع:

قرر المشرع لبائع المحل التجاري الذي لم يستوف حقه كله او بعضه ، بان جعل له امتياز على المحل المباع. كما قرر له ايضا حق فسخ عقد البيع بالرغم من افلاس المشتري. وهذا ما اكدته المادة 114 تجاري اذ نصت على انه:

((يجوز للبائع ان يتمسك بامتيازه وحقه في الفسخ تجاه مجموعة دائني التفليسة)).

يستنتج من ذلك انه يحق لبائع المحل التجاري الدخول في التفليسة باعتباره دائنا ممتازا. وهكذا نلاحظ بان المشرع الجزائري نظم بصفة دقيقة ضمانات البائع.

وفيما يلي نحاول شرح امتياز البائع أي بائع المحل التجاري (1) ثم بعد ذلك نبين حقه في فسخ البيع (2) .

1- امتياز بائع المحل التجاري .

في هذا المجال هناك عدة نقاط والتي من خلالها يتم ابراز امتياز البائع ، ولا يتحقق ذلك الا بتوافر الشروط الآتية :

يخضع امتياز بائع المحل التجاري وذلك بناء على احكام المادة 96 تجاري الى شرطين :

أ - يجب ان يثبت بان البيع قد تم بعقد رسمي .

ب - **يجب ان يكون هذا البيع مقيدا في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري** . وفيما يلي يتم شرح كل شرط على حدى.

أ – يجب ان يثبت هذا البيع بعقد رسمي : يحتفظ بائع المحل التجاري بامتيازه ، اذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي .

ويرمي المشرع من وراء هذا الشرط الى تجنب المنازعات التي قد تنجم عن الإتفاقات الشفوية ، وكذلك ضمان شمول العقد على البيانات التي يتطلبها القانون.

وهذا ما اكدته المادة 96 تجاري بقولها: ((لا يثبت امتياز بائع المحل التجاري الا اذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي ....)).

ب – يجب ان يكون البيع مقيدا في سجل عمومي : يجب قيد عقد البيع في سجل عمومي لدى المركزالوطني للسجل التجاري . هذا ما دعمته ايضا المادة 96 بقولها:

((...........ومقيدا في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه)).

اضافة الى ذلك يجب ان يتم قيد الإمتياز في ظرف ثلاثون يوما من تاريخ البيع والاكان باطلا.

وهكذا اذا تم القيد حسب الأجل والشروط المقررة قانونا، يكون للبائع حق التقدم ازاء دائني المشتري ، ويترتب على ذلك ان الأولوية للبائع ازاء الدائنين الآخرين (1).

---

(1) أنظر :

د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 235

2 ـ ممارسة امتياز بائع المحل التجاري .

جاء في نص المادة 96 فقرة 2 تجاري على أنه: ((لا يترتب امتياز البائع الا علىعناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد. فاذا لم تعين على وجه الدقة فان الإمتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية .

وفضلا عن ذلك لا يمارس الإمتياز على ثمن المبيع بكامله، وتعتبر هذه القاعدة استثناء عن المبدا العام الوارد في القانون المدني . حيث جاء في نص الماة 997 فقرة اولى ما ياي: ((ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الإمتياز مادام المبيع محتفظا بذاتيته. وهذا دون الإخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية مع مراعاة الأحكام الخاصة في المسائل التجارية.

وعليه ينص القانون التجاري بوضوح على تجزئة ثمن المبيع الى ثلاثة اقسام ، ولا يضمن كل عنصر الا الثمن المحدد له . ولهذا ينتهي الإمتياز الذي يقع على كل قسم على انفراد(1) .

3 ـ حق البائع في ممارسة دعوى الفسخ.

خول المشرع لبائع المحل التجاري فسخ عقد البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن او الباقي منه.

فعدم الوفاء بالثمن او الباقي منه يكون سببا لطلب البائع فسخ العقد وفقا لنص المادة 5 من القانون 11 لسنة 1940 . ويسري هذا على مصاريف البيع التي يلتزم بها المشتري ، فاذا لم يوف بها المشتري للبائع طلب الفسخ لعدم وفاء المشتري بها تطبيقا لهذا النص .

واستثناء من احكام الإفلاس ، يجوز لبائع المحل التجاري الذي لم يستوف الثمن بكامله الإحتجاج على جماعة الدائنين(2) في تفليسة المشتري بحقه في الفسخ واسترداد المحل اذا كان قد احتفظ بهذا الحق في عقد البيع. ويقع الفسخ على العناصر الي يشملها عقد البيع تطبيقا لنص المادة 41 من القانون التجاري رقم 17 لسنة 1999 وتقابلها (المادة 114 من التقنين التجاري الجزائري).

ولقد تعرض المشرع الجزائري ومن بعده المشرع المصري الى شروط دعوى الفسخ في المادة 109 وما يليها من التقنين التجاري وتقابلها (المادة 5 من القانون المصري المذكور أعلاه.

---

(1) أنظر :

د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 237

(2) أنظر :

د / محمد انور حمادة ، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2001 ص . 47 و48

أ ـ شروط دعوى الفسخ.

الشرط الأول: يجب ان يصرح الطرفان بدعوى الفسخ وذلك في عقد البيع ، واما ان يكون هذا الفسخ اتفاقيا واما ان يكون فسخا قضائيا. وفي حالة العكس ، يجب ان يؤشر عليها وتحفظ بصفة صريحة في قيد الإمتياز.

الشرط الثاني: عدم رفع دعوى الفسخ عند انقضاء الإمتيازبل يجب رفعها اثناء قيام الإمتياز. فاذا انقضى الإمتياز لأي سبب من اسباب الإنقضاء ، فلا يجوز التمسك بالفسخ في مواجهة الغير ، والمقصود هنا بالغير كل من يقرر له المشتري حقا عينيا على المحل التجاري المبيع، كالدائن المرتهن او المشتري الثاني او جماعة الدائنين في حالة الإفلاس(1) .

الشرط الثالث: يجب ان ترفع دعوى الفسخ على العناصر التي يشملها البيع (المادة 106 من القانون التجاري الجزائري وتقابلها (المادة 5 من التقنين التجاري المصري) .

الشرط الرابع: يلتزم البائع الذي يريد اقامة دعوى الفسخ ان يخطر الدائنين أصحاب الديون المقيدة ، وهم اصحاب حق الرهن وحق الإختصاص وحق الإمتياز بالفسخ ، في محال اقامتهم التي اختاروها للقيام بالقيد. فاذا لم يخطرهم بذلك فان الفسخ لا يسري في حقهم ولا يجوز الإحتجاج به في مواجهتهم. المادة 111 من التقنين التجاري وتقابلها (المادة 6 من القنون التجاري المصري) .

الشرط الخامس: يمكن ان يتم اخطار الدائنين المقيدين باجراء غير قضائي ، ولكن لا يجوز ان يصدر الحكم بالفسخ الا بعد مضي شهر على تاريخ اخطار الدائنين المقيدين والا كان الفسخ باطلا (2).

الشرط السادس: يجوز للبائع رفع دعوى الفسخ ولو كان المشتري في حالة افلاس . ذلك ما قضت به المادة 114 تجاري بقولها: ((يجوز لبائع المحل التجاري ان يمسك بامتيازه وحقه في الفسخ تجاه مجموعة دائني التفليسة)) .

ب ـ آثار دعوى الفسخ.

اذا توافرت جميع شروط دعوى الفسخ ، يترتب على ذلك اعتبار البيع كان لم يكن، ويرجع المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها من قبل التعاقد. فيسترد البائع المحل التجاري ، ويرجع للمشتري ماكان قد دفعه من اجزاء الثمن.
وعليه يجب اذن على المشتري ارجاع المحل التجاري بكافة عناصره الى ذمة البائع. ولكن لا يجوز له ان يسترد العناصر الجديدة التي اضافها المشتري الى المحل (3) .

---

(1) أنظر :
د / أحمد محرز ، العقود التجارية ، المرجع السابق، ص . 85

(2) أنظر :
المادة 112 فقرة 2 من التقنين التجاري

(3) أنظر :
المادة 109 من القانون التجاري

ثانيا: التزامات المشتري.

تتحدد التزامات المشتري في الإلتزام بتسلم المبيع (1) ودفع الثمن(2)وأخيرا دفع نفقات العقد(3) .

1- الإلتزام بتسلم المبيع:

يلتزم المشتري باستلام المتجر في الزمان والمكان المتفق عليه في العقد. فاذا لم يكن هناك اتفاق بهذا الشان ، وجب اتباع العرف الجاري به العمل ، فاذا لم يوجد عرف وجب على المشتري ، تسلم المبيع بمجرد انعقاد البيع مع مرعاة المهلة اللازمة لذلك. اما اذا امتنع المشتري من تنفيذ التزامه بتسلم المبيع، كان على البائع ان يطالب الفسخ او التنفيذ العيني . وله المطالبة بالتعويضات في حالة ما اذا ترتب على ذلك ضرر (1) .

2 ـ الإلتزام بدفع الثمن.

يعد الوفاء بالثمن هو الإلتزام الجوهري الذي يقع على عاتق المشتري. اذ يجب ان يدفع ثمن المبيع في المكان المتفق عليه، فاذا لم يتم تحديد المكان يرجع في ذلك الى العرف المقرر، فاذا لم يوجد عرف واختلف في تحديد المكان ، فاذا كان الثمن مستحقا وقت التسليم يكون الوفاء بالثمن في المكان الذي سلم فيه المبيع مثلا. فاذا كان الوفاء بالثمن مؤجلا مع عدم تحديد اجل للتسليم ، يكون الثمن مستحقا فورابرام العقد (طبقا للقواعد العامة) .

أما ميعاد استحقاق الثمن يحدد بمقتضى عقد البيع فاذا لم يوجد اتفاق يرجع في ذلك الى العرف المعمول به او الى وقت تسليم المبيع (2) .

هذا ما اكدته المادة 387 من القانون المدني جزائري بقولها: ((يكون الثمن مستحق الأداء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك)). هذا في حالة عدم الإتفاق على تاجيل الثمن وتقابلها (المادة 1/457 مدني مصري)

اما اذا كان الثمن مؤجلا ، ففي هذه الحالة يطلب من المشتري ان يدفع منه القسم الأول المتفق عليه دفعة واحدة واما بالتجزئة . غيران الطريقة الثانية هذه نادرة الحصول في بلادنا، بينما تعتبر عملية كثيرة الحدوث في البلدان الأوروبية مثل فرنسا. وهكذا يتعين على المشتري دفع ثمن المحل التجاري على عدة اقساط بواسطة سندات لأمر تسمى سندات المحل (3) .

---

(1) أنظر :
د / مراد عبد الفتاح ، موسوعة قانون التجارة وشرح الأعمال التجارية والسجل والدفاتر التجارية، شركة جلال للطباعة دون سنة نشر ، ص . 114

(2) أنظر :
د / انور حمادة ، المرجع السابق ، ص . 38

(3) أنظر :
د / فرحة زراوي ، المرجع السابق ، ص . 241

3 - الإلتزام بدفع نفقات العقد :

تكون نفقات تسلم المبيع على المشتري ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك. وهذا ما نصت عليه المادة 395 من التقنين المدني وتقابلها(المادة 462 من التقنين المدني المصري) حيث جاء فيها ما يلي: ((ان نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف او اتفاق يقضي بغير ذلك)).
وعلى ذلك يجوز الإتفاق على نقل المصاريف على عاتق البائع، او جعلها مناصفة بينه وبين المشتري . وتشمل هذه المصاريف كل ما يدخل في تحرير العقد واشهاره وتسجيله (1) .

المطلب الثاني :

الشروط العامة في عقد الشركة وجزاء الإخلال بها .

لا يمكننا تناول الشروط الشكلية لعقد الشركة، والتي هي موضوع بحثنا. دون التعرض للشروط الموضوعية العامة والخاصة بكل شركة.اذ يتوقف قيام الشركة عليها.
وتتمثل هذ الشروط في توافر الأهلية التجارية والمحل والسبب للشخص الإعتباري، علما ان هذه الشروط هي نفسها والتي يجب توافرها في جميع العقود ، التجارية والمدنية على حد سواء.
وبما ان عقد الشركة يعد من طبيعة خاصة ، فقد زوده المشرع بشروط اخرى، وتشتمل هذه الشروط على ، الحصص التي يقدمها الشركاء اثناء تكوين العقد بالإضافة الى عدد الشركاء ، ونية المشاركة . اما بالنسبة للشروط الشكلية، فهي تتلخص في الكتابة القيد في السجل التجاري ، والتسجيل والإشهار.
واي مخالفة لكل هذه الشروط ، يتعرض صاحبها الى جزاءات مختلفة بالختلاف الشرط المخالف.

وعليه تكون دراسة الشروط العامة لعقد الشركة في (فرع اول) والجزاءات الترتبة على مخالفة هذه الشروط في (فرع ثاني) .

---

(1) أنظر :
د / مراد عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص . 114

الفرع الأول:

الشروط الموضوعيةالعامة لعقد الشركة.

بما ان المشرع عرف عقد الشركة على انه عقد يتم بين شخصين او اكثر ،اذن يجب ان تتوافر في هذا العقد الأركان الموضوعية العامة التي تقوم عليها سائر العقود ، (اولا) والشروط الموضوعية الخاصة التي تخص جميع الشركات (ثانيا) واخيرا الشروط الشكلية التي يجب ان يتضمنها عقد الشركة (ثالثا) .

أولا: الشروط الموضوعية العامة .

ان الأركان الموضوعية العامة التي يجب توافرها في عقد الشركة ، هي نفس الأركان التي تقوم عليها كافة العقود الأخرى ، وتتمثل في الأهلية التجارية (1) المحل (2) والسبب (3) .

1 - الأهلية التجارية.

ينبغي ان يكون الشريك اهلا لمباشرة الأعمال التجارية.
والمقصود بالأهلية التجارية، هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا، وبما ان الأعمال التجارية تعتبر من امال التصرف ، لذا يجب ان يتوافر في الشخص الذي يريد الإحتراف في التجارة ، ان يكون اهلا لإجراء التصرفات القانونية.
وان لا يقوم في شانه عارض من عوارض الأهلية ، كالجنون ، العته ، والغفلة.

اما بالنسبة للقاصر، فلا يمكن له حتى وان كان مرشدا من ممارسة الأعمال التجارية المادة 2 من القانون التجاري الفرنسي وتقابلها (المادة 487 من التقنين المدني المصري) مما يؤدي الى عدم امكانية دخول القاصر ، كشريك في شركة التضامن او شركة التوصية البسيطة او بالأسهم. وعلى العكس من ذلك يمكن للقاصر وان كان مرشدا ، ان يكون شريكا في شركة المسؤولية المحدودة ، لأن اهلية التجارة غير مطلوبة في هذه الأحوال(1) . هذا بالنسبة للقانون الفرنسي .

اما عندنا فان القانون لا يجيز للقاصر المرشد ممارسة التجارة الا بحصول الإذن(2) .

---

(1) أنظر :
د / احمد محرز ، القانون التجاري ، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص . 128

(2) أنظر :
المادة 5 من التقنين المدن

2 ـ المحل .

يقصد بالمحل ذلك النشاط الذي يسعى اليه الشركاء . مثلا صناعة منتجات معينة. علما بان الشركاء هم الذين يقومون بتحديد الموضوع ، وذلك في القانون الأساسي للشركة. وطبقا لذلك يجب ان يكون محل الشركة مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب.

3 ـ السبب .

اما سبب الشركة هوالدافع على التعاقد . ويرى الفقه الراجح ان هذا الباعث يتمثل في تحقيق غرض الشركة في استغلال مشروع مالي معين، وهو بهذا المعنى يختلط بمحل العقد، بحيث يصبح المحل والسبب في عقد الشركة شيئا واحدا ، ومن ثم فاذا انصب محل عقد الشركة على استغلال غير مشروع فان العقد يلحقه البطلان لعدم مشروعية السبب والمحل في آن واحد . لكن الأستاذ محمد فريد العريني ، يرى ان هذا الراي لا يستقيم وفيه خلط بين الشركة كتصرف قانوني اداري أي موضوع للقانون، والشركة ككائن معنوي أي كشخص مخاطب بأحكام الرغبة في الحصول على الربح وبهذا فهو يختلف عن المحل ويكون مشروعا في جميع الأحوال.

ثانيا: الشروط الموضوعية الخاصة.

لا يتوقف عقد الشركة على توافر الأركان الموضوعية فحسب ، بل لا بد ايضا من توافر الأركان الموضوعية الخاصة ، والتي تميز هذا العقد عن سائر العقود وتتمثل في :

1 ـ تعدد الشركاء .

يستفاد من نص المادة 416 من التقنين المدني ، انه يلزم في عقد الشركة توافر شخصين على الأكثر، حتى يتحقق الوجود القانوني للشركة. لذا فان الشركة هي توافق ارادتين فاكثر، وبهذه العبارة التي جاءت في نص المادة 416 من القانون المدني ، نلاحظ ان المشرع الجزائري قد تبنى كقاعدة عامة وحدة الذمة لجميع الشركات التجارية . غيرانه اورد استثناء تضمنه الأمر رقم 27/96 الصادر في 9 ديسمبر 1996 ، فاجاز تكوين شركة الرجل الواحد التي تعرفها بعض التشريعات كالتشريع الإنجليزي والتشريع الألماني ، اذ تعرف هذه التشريعات مبدا تجزئة الذمة والذي بمقتضاه ستطيع الشخص ان يقتطع جزء من ثروته ويخصصه لإستغلال مشروع معين.

2 ـ تقديم الحصص.

لايكفي لإبرام عقد الشركة تعدد الشركاء ،بل يجب على كل متعاقد أي شريك ان يلتزم بتقديم حصته للشركة سواء كانت الحصة نقدية او حصة عينية او حصة عمل. ومن مجموع هذه الحصص يتكون الضمان العام لدائني الشركة . وفيما يلي سنعرض أنواع الحصص.

يجب على كل شريك تقديم حصته الى الشركة حتى لو كانت هذه الشركة لم تتمتع بعد بالشخصية المعنوية (شركة فعلية) مما يؤدي بالشركة من ممارسة نشاطها .
وقد تتمثل هذه الحصة في (مبلغ من النقود او حصة عينية او محل تجاري او براءة اختراع او عمل) ومن خلال ذلك يستطيع الشريك نقل ملكية هذه الحصة الى الشركة . وفي مقابل ذلك يحصل على حصص او اسهم المادة 419 من القانون المدني االجزائري وتقابلها (المادة 1844 فقرة 1 والمادة 1832) من القانون المدني الفرنسي (1) .

أ ـ الحصة النقدية .

غالبا ما تتمثل حصة الشريك في تقديم مبلغ من المال . فاذا تعهد الشريك بمثل هذا الإلتزام ، وجب عليه تقديم الحصة النقدية في الميعاد المحدد لها. فاذا تاخر في تقديمها فانه يخضع للقواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الإلتزام باداء مبلغ من المال. فتصبح حينئذ الشركة دائنة له بهذه الحصة ، ويلتزم الشريك بالتعويض عن هذا التاخر . هذا ما قضت به المادة 421 من القانون المدني الجزلئري بقولها : ((اذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلتزم بالتعويض)).

ب ـ الحصة العينية.

الحصة العينية في هذا الصدد قد تكون منقولا ماديا كمستلزمات انتاج اوآلات او ادوات تجارية معينة . وقد تكون منقولا معنويا كمتجر مثلا او براءة اختراع او حقوق ملكية ادبية او فنية تحتوي على ابداع ادبي او فني.
فقد يتفق على تقديم الحصة للشركة بقصد تمليكها لهذه الأخيرة . وقد يتفق على التنازل عن حق الإنتفاع فقط كحق عيني مع الإحتفاظ بملكية الرقبة . اما اذا تمثلت حصة الشريك في ديون له في ذمة الغير ، يجب اتباع اجراءات حوالة الحق ، فضلا عن ان التزامه لاينقضي الا اذا تحصلت الشركة على هذه الديون، كما يبقى الشريك مسؤولا عن تعويض الضرر عندما لم توف الديون عند حلول اجلها(2) .
وتنص التشريعات المختلفة على ضرورة تقدير الحصص العينية تقديرا مواقفا لحقيقة الواقع ، بمجرد تقديمها خاصة في شركات الأموال، وذلك حماية للدائنين من التغرير بهم واظهار اصول الشركة في صورة تخالف الحقيقة. وايضا لمنع حصول اصحاب هذه الحصص المغالة في تقديرها على اموالا وامكانيات اكثر من باقي الشركاء على خلاف الحقيقة.

ج ـ الحصة من العمل.

المقصود بالعمل فيما نحن بصدده هو العمل الفني المفيد الذي يتصل اتصالا وثيقا باهداف الشركة والغرض من تاسيسها ، ويجب ان يكون هذا العمل على درجة من الأهمية ، بحيث تستفيد منه الشركة بصفة جدية.

---

(1) أنظر :

PHILIPPE – MERLE , droit commercial , societes commerciales , 6 eme , edition , dalloz , paris , 1998 , p . 39 40

(2) أنظر :
المادة 424 من القانون المدني

اما العمل التافه او البسيط الذي يمكن لأي شخص القيام به كاعمال نظافة او ما الى ذلك ، فلا يصح اعتباره حصة في شركة. واذا تبلورت مثل هذه الحصة في نفوذ شخص او وزنه السياسي و الإجتماعي ، فانها لا تصح في هذه الحالة .
ويمتنع على الشريك ان يقوم لحساب نفسه بعمل من نفس العمل الذي التزم بتقديمه الى الشركة ، وذلك حتى لا يصبح منافسا لها.فاذاقام بذلك يلتزم بالتعويض في مواجهة الشركة . غير ان هذا المنع لا يعني حرمانه من القيام باعمال لحسابه الخاص ، شريطة الا يترتب على ذلك نقص في المجهود الذي التزم القيام به كحصة في الشركة(1) .

3 ـ نية المشاركة.

المقصود بنية المشاركة ، هو اتجاه ارادة جميع الشركاء الى التعاون الإيجابي لتحقيق غرض الشركة، وذلك عن طريق الإشراف على ادارة المشروع وقبول المخاطر المشتركة. وهذا الركن واضح في شركات الأشخاص ، حيث تسود الصبغة التعاقدية ، الا انه اقل وضوحا في شركات الأموال، حيث يعني المساهم اساسا بالقيام بعملية مالية (2) .
ويستخلص هذا الركن من المادة 417 مدني و(تقابلها المادة 515 فقرة 1 مدني مصري) . ويستتشف من هذا النص ان المشرع قد تطلب توافر نية المشاركة بين الشركاء حتى يمكن القول بتواجد قانوني للشركة. ولذا فان نية المشاركة ينبغي تحديدها من خلال موقف معنوي يشمل جميع الشركاء ، مؤداه ضمان تحقيق ربح من خلال نشاط الشركة وتوزيع هذا الربح على الشركاء بحسب الإتفاق او بحسب القانون، مع الإستعداد النفسي والواقعي في ذات الوقت لتحمل الخسائرالتي يمكن ان تنجم عن النشاط ، وتحمل كل شريك قدر ما يخصه من هذه الخسائر(3) .

4 ـ اقتسام الأرباح والخسائر.

يجب ان يساهم الشركاء جميعا في الأرباح والخسائر . فلا يجوز الإتفاق على حرمان شريك من الأرباح كما لايجوز الإتفاق على اعفاء شريك من الخسارة.
وتعرف هذه الشروط الجائرة بشروط الأسد . وشروط الأسد باطلة لأنها تتنافى مع طبيعة عقد الشركة ولأن مساهمة الشركاء جميعا في الأرباح والخسائر ، ركن جوهري من اركان عقد الشركة . ولا يقتصر البطلان على الشروط وحدها ، بل ان الشركة ذاتها تكون باطلة ايضا، لأن ارادة الشركاء انصرفت الى توزيع الأرباح والخسائر وفقا لقواعد معينة ، فاذا اهدرت هذه القواعد فلا محل للإبقاء على الشركة اذ لا شك في ان استمرارها وتوزيع الأرباح والخسائر بطريقة اخرى غير التي ارتضونها لما يتعارض مع ارادتهم ، ولأن الشروط الأساسية في الشركة وحدة لا تتجزا .

---

(1) أنظر :
د / نادية فوضيل ، احكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر، 1997 ، ص. 37
(2) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ، الرجع السابق ، ص . 161
(3) أنظر :
د / عباس مصطفى المصري ، المرجع السابق ، ص . 33 و34 .

وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد الا بناء على الشرط الباطل. وفي ذلك تنص المادة 426 مدني جزائري على انه : ((اذا اتفق على ان احد الشركاء لا يساهم في ارباح الشركة او في خسائرها كان عقد الشركة باطلا)) وتقابلها (المادة 515 /1 مدني مصري) .
وعلى عكس من ذلك نجد بان المادة 426 فقرة 2 من نفس القانون تجيز الإتفاق على اعفاء الشريك الذي يساهم بحصة العمل من الخسائر بشرط ان لا يكون تقرر له اجر عن عمله. ويعتبرهذا الإستثناء ظاهري اكثر منه حقيقي ، لأن الشريك بالعمل الذي لا يتقاضى اجرا عنه يكون قد تحمل في الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل (1) .

ثالثا : الشروط الشكلية.

بالإضافة الى الشروط الموضوعية العامة التي يتطلبها عقد الشركة ، والشروط الموضوعية الخاصة ، نتناول الآن الشروط الشكلية كوكن جوهري في عقد الشركة ، لأن عقد الشركة لايعد من العقود الرضائية التي تقتصر على الشروط سابقة الذكر وحدها،بل لابد من افراغه في قالب شكلي. وتتمثل شكلية عقد الشركة في النقاط التالية ،الكتابة(1) القيد في السجل التجاري(2) التسجيل(3) واخيرا الإشهار (4) .]

1 ـ الكتابة الرسمية.

اوجب القانون افراغ عقد الشركة التجارية في عقد رسمي والا كان باطلا . هذا ما يستخلص من نص المادة 9 من قانون السجل التجاري بقولها: ((تنشا بعقد رسمي يحرر لدى الموثق ، الشركات التجارية التي تتسم بالصفة القانونية الخاصة بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن)) (2) .
كما يستخلص من نص المادة 545 تجاري على ضرورة اثبات عقد الشركة بعقد رسمي والا كانت باطلة.
يتضح من فحوى هذين النصين ، ان الكتابة هنا تعتبر ركن من اركان العقد وليس مجرد وسيلة للإثبات فقط. كما يشترط ان تكون الكتابة رسمية ، ومما يؤكد على هذه الرسمية ، نص المادة 9 من قانون السجل التجاري ، التي تشترط ان تتم كتابة عقد الشركة بواسطة موثق وليس بواسطة مؤسسيها . وهذا ما زادت تاكيده نص المادة 6 فقرة 2 من نفس القانون بقولها: ((يحرر الموثق عقد الشركات التجارية حسب الأشكال القانونية بعد استيفاء الشكليات التاسيسية)).
اما المشرع المصري ، فنص على ان يكون عقد الشركة رسمي او مصادقا على التوقيعات فيه، مع وجوب اشتمال العقد على البيانات التي حددها القانون بالنسبة لكل نوع من انواع الشركات (3) .

---

(1) أنظر :
د / مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص . 159 و160.

(2) أنظر :
قا نون رقم 22/90 مؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت يتعلق بالسجل التجاري ، الجريدة الرسمية سنة 1990 العدد: 36 . والملحق رقم : 2 الذي يخص عقد الشركة .

(3) أنظر :
محمود سمير الشرقاوي ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، 1987 ، ص . 230 .

اما المشرع الفرنسي فنجده اشترط ان يكون العقد الأساسي للشركة مكتوبا. ونص على ان تكون الكتابة احيانا رسمية واحيانا عرفية، على ان يتضمن عقد الشركة بعض البيانات من بينها ـ اسم الشركة ـ الموضوع ـ الحصص ـ المقر ـ مقدار راس المال ـ المدة ـ (1) .

وتبعا لذلك يستخلص من العرض السابق النتائج التالية:

ان الكتابة في عقد الشركة كما تم توضيح ذلك آنفا، هي شرط للإنعقاد وليست فقط للإثبات . فهي شرط للإنعقاد لأن العقد لا ينعقد بدونها . اذن فهي شرط لصحة العقد. والقول انها وسيلة للإثبات فقط ، فهذا قول مردود ، لأنه مادام ان القانون اعتبرها شرط للصحة فهي بالضرورة شرط للإثبات . وكما نعلم وانه كقاعدة عامة ، فان الإثبات مرتبط بالشكل. الا انه ينبغي هنا التمييز في شان هذا الإثبات بين الشركاء ومركز الغير.

ـ بالنسبة للشركاء : لا تثبت الشركة في مواجهة بعضهم بعض الا بالكتابة. ومادام انتفاء الكتابة من شانه ان يؤدي الى بطلان عقد الشركة، دون ان يكون لهذا البطلان اثر رجعي ينسحب الى الماضي ، فانه يجوز للشركاء اثبات الوجود الفعلي للشركة بكافة طرق الإثبات ، وذلك بقصد تصفية العلاقات الناشئة بينهم في الماضي

بحيث يشترط في هذه الحالة ، ان تكون الشركة قد باشرت بعض اعمالها فعلا حتى يمكن القول بوجود كيان لها في الواقع، ويصبح للشركاء مصلحة في اثباتها.

اما فيما يتعلق بالغير، فلا يجوز للشركاء اثبات الشركة في مواجهته الا بالكتابة، بينما يجوز للغير ان يقيم الدليل على وجودها وعلى وجود أي شرط من شروط عقدها التاسيسي ، بكافة طرق الإثبات، لأن الشركة تعد بالنسبة اليه (الغير) بمثابة واقعة مادية (2) .

هذا ويجب الإشارة الى انه اذا كانت الكتابة واجبة في عقد الشركة ، فهي ايضا ضرورية في جميع التعديلات التي تطرا على عقد الشركة . مثل تخفيض او زيادة راس المال ـ تمديد حياة الشركة او تقصيرها، فان لم تفرغ في الشكل الكتابي كانت باطلة.

2 ـ القيد في السجل التجاري.

هل يعتبر القيد في السجل التجاري عبارة عن رقم ام عقد؟ للإجابة على هذا السؤال ، نقول انه بالنسبة لعامة الناس ، يعتبر القيد في السجل التجاري عبارة عن حصول التاجر سواء كان شخص طبيعي او شحص معنوي، على رقم التسجيل ـ بمعنى ـ رقم ـ غير انه في نظر فقهاء القانون ، ليس كذلك ، لأن القيد في نظرهم هوليس الحصول على رقم تسجيل فحسب، بل ايضا قيد تجمع فيه جميع المعلومات اللا زمة والمتعلقة بالشركة (3) .

---

(1) أنظر :

JACQUES DELGA , droit des societes , edition dalloz , 1998 , p . 115

(2) أنظر :

د / محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، سنة ، 1997 ، ص. 51 و 52

(3) أنظر :

JACQUES DELGA , op , cit , p . 120

اما كونه عقد تسجيل فقد جاء في منشور 1 فيفري 1987 الفرنسي الذي اهتم بتوضيح العملية الإدارية بخصوص الحصول على رقم تسجيل في السجل التجاري، على ان القيد في السجل يختلف عن عقد التسجيل.
فعقد التسجيل يقوم عندما يتلقى كاتب الضبط الملف من المعني بالأمر، حينها يقوم هذا الأخير يتسجيل كافة البيانات والمعلومات المهمة واللا زمة للشركة . فهذا الإجراء الذي يقوم به كاتب الضبط ، هو الذي يرتب آثارا قانونية في المستقبل، دون انتظار حصوله على الرقم من الجهة المعنية بذلك.
ويمنح القانون لكاتب الضبط عند تلقيه طلب القيد ، مهلة خمسة (5) ايام للبث في الطلب بالقبول او الرفض. وفي حالة الرفض يجب ان يسبب قراره ، اما في حالة نفاذ الميعاد ، ولم يبد هذا الأخير بالرد ، اعتبر القيد مقبولا، وفي حالة الرفض يسطيع طالب القيد ان ينازع في هذا القرار لدى القاضي المكلف بحماية السجل(1) .

1- شروط القيد في السجل التجاري.

استنادا الى المادتين 19و20 من التقنين التجاري ، لا يتحقق القيد في السجل التجاري ، الا اذا توافرت شروط معينة ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- يجب ان يكون الشخص تاجرا سواء كان شخص معنوي او شخص طبيعي .
يلتزم بالقيد في السجل التجاري جميع الشركات والمؤسسات الإقتصادية والوكالات في حالة اتخاذها شكلا من الأشكال التي اضفى عليها القانون الصفة التجارية، او مارست موضوعا يدخل في اطار المهنة التجارية .
ب - يجب ان لا يكون التاجر (شخص طبيعي او معنوي) موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة النشاط التجاري.
يحظر على الشخص المعنوي الإتجار في موضوع يدخل في نشاط الدولة او يتخذ شكلا يحظره القانون. هذا ما قضت به المادة 13 من قانون السجل التجاري على انه: ((يجب على كل شخص متمتع بالأهلية المدنية والحقوق الوطنية ويريد ممارسة نشاط يخضع للقانون التجاري ان يصرح بذلك لدى الضابط العمومي المؤهل قانونا. بمقتضى هذا القانون ويبين بوضوح وصراحة انه يريد ان يمارس هذا النشاط طبقا للقانون وحسب الأعراف التجارية وانه لم يكن موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة ذلك النشاط او المهنة)).

يستخلص من فحوى هذا النص ، انه يحظر على الشخص المعنوي الإتجار في موضوع يدخل في النشاط التجاري للدولة ، او يتخذ شكلا يحظره القانون.

---

(1) أنظر :
JAQUES DELGA , op , cit ; p . 121

ج ـ ممارسة النشاط التجاري على التراب الجزائري.

يشترط القانون على الشركات التجارية ممارسة نشاطها على التراب الجزائري حتى ولو كان مركزها الرئيسي في الخارج، ولا تزاول في الجزائر الا نشاطا فرعيا او ثانويا.
ونلاحظ في هذا الخصوص تكاملا بين القوانين الجزائرية ، فاذا كان القانون التجاري نص في المادتين 19و20 المعدلة بامر رقم 27/96 الصادر في ديسمبر 1996 ، انه يشترط على الشخص المعنوي ، القيد في السجل التجاري حتى ولو كان له مجرد فرع او مكتب او وكالة في الجزائر، فان المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المعدل للسجل التجاري ، اشارت على انه يشترط على الشخص المعنوي ، القيد في السجل التجاري ، نفس الشروط التي اشارت اليها المادتين السالفتي الذكر.
واكدت على ذلك ايضا المادة 50 من التقنين المدني فقرة 5 بقولها: ((الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ، ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر)).

يتضح من هذا النص ، ان الشركات التجارية حتى ولو كان مركزها الرئيسي في الخارج ، ولكنها تمارس نشاطها في الجزائر، وقد يكون هذا النشاط الذي تمارسه هذه الشركات ، فرعيا او ثانويا بجانب النشاط الرئيسي الذي تقوم به في الخارج.
ومع ذلك فان المشرع الجزائري قد اخضعها لأحكام القانون التجاري ، وأحكام قاون السجل التجاري . اذ لا يجوز اطلاقا اخضاعها للقانون الأجنبي.

وما يمكن استنتاجه من ذلك ان القيد في السجل التجاري اجراء شكلي لايمكن تفاديه سواء داخل الجزائر ام خارجها ، هذا ان دل على شيء انما يدل على ان المشرع الجزائري حريصا على ان تتم هذه الشكلية المهمة داخل البلد، حتى يمكنه السيطرة على عدد ووضعية الشركات الموجودة في الداخل والخارج.

2 ـ البيانات الواجب تقديمها للقيد في السجل التجاري.

لما كان المقصود من القيد في السجل التجاري ، اعطاء صورة صحيحة عن مركز التاجر ، فردا كان ام شركة، فقد اوجب القانون جملة من البيانات تناول فيها النواحي المختلفة للنشاط التجاري للشخص المعنوي . كما اوجب ايضا قيد كل ما يطرأ على هذه البيانات من تغييرات وتعديلات ، حتى يظل السجل قادرا على اداء رسالته على وجه اكمل. وتبعا لذلك فالبيانات التي يجب قيدها في السجل نوعان.
بيانات اصلية وهي التي تقدم عند طلب القيد . وبيانات أخرى تكميلية، تقدم عند حدوث أي تعديل او تغيير يطرا على البيانات الأصلية ،او عند حدوث تغيير في اهلية التاجرالشخص المعنوي او مركزه المالي.

وفيما يلي ذكر هذه البيانات.

أ ـ البيانات الأصلية الخاصة بالشركات التجارية.

جاء في المادة 13 من المرسوم التنفيذي المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري رقم 41/97 المؤرخ في عام 1417 الموافق لـ 18 يناير 1997 و(يقابله القانون رقم 98 لسنة 1996 المصري) . على وجوب تقديم البيانات الآتية عند طلب القيد في السجل التجاري، وتشمل هذه البيانات على ما يلي :

ـ شهادة عدم القيد في السجل التجاري .
ـ نسخة من القانون الأساسي المتضمن تاسيس الشركة ، محرر في عقد توثقي.
ـ طلب ممضي ومصادق عليه محرر على استمارات ، يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري .
ـ نسخة من نشر القانون الأساسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة يومية وطنية.
ـ مستخرج من عقد الميلاد يسلم على اساس سجل الحالة المدنية لبلدية مكان ميلاد كل شريك ،او متصرف او مسير او عضو مجلس المديرين ، لهم صفة التاجر.
ـ مستخرج من صحيفة السوابق القضائية لا تتجاوز مدة صلاحيته ثلاثة اشهرلكل شريك ،او عضو مجلس ادارة او مسير او عضو مجلس مراقبة او عضو المديرين ، لهم صفة التاجر .
ـ عقد ملكية المحل التجاري او عقد ايجار باسم الشركة.
ـ وصل دفع حقوق القيد في السجل التجاري.
ـ بطاقة التاجر الأجنبي تسلمها الولاية المختصة اقليميا بالنسبة للخاضعين ولذوي الجنسية الأجنبية الذين لهم صفة التاجر حسب ما تنص عليه القوانين الجاري بها العمل(1) .

ب ـ البيانات التكميلية الخاصة بالشركات.

تضمنت المادة 5 من قانون السجل التجاري رقم 34 لسنة 1976 والمعدل بالقانون رقم 98 لسنة 1996 المصري ، على انه يجب على المديرين او الوكلاء المديرين للشركة او امين التفليسة ، بحسب الأحوال ان يطلبوا وفقا للأوضاع المقررة تدوين البيانات الآتية في السجل.

---

(1) أنظر :
مرسوم تنفيذي رقم 41/97 مؤرخ في 9 رمضان 1417 الموافق 18 يناير سنة 1997 ، يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري ، الجريدة الرسمية ، سنة 1997 ، العدد ، رقم : 5

ـ كل تغيير او تعديل في البيانات الأصلية للشركة، كتغيير اسم الشركة او مركزها الرئيسي او انفصال احد الشركاء او دخول شريك او انشاء فروع او الغائها .
هذا ما قضت به المادة 548 تجاري بقولها: ((يجب ان تودع العقود التاسيسية تغيير راس المال بالزيادة او بالنقصان،او تعديل مدة انتهاء الشركة.
والعقود المعدلة للشركة لدى المركز الوطني للسجل التجاري . وتنشرحسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال الشركات والا كانت باطلة)).
ـ كل عقد او حكم يقضي بحل الشركة او ببطلانها.
ـ الأحكام الصادرة باشهار افلاس الشركة والأمر الصادر بافتتاح اجرءات الصلح الواقي منه والأحكام الصادرة عليه او بفسخه او ابطاله او باقفال اجراءاته.

3 ـ اجــراءات القيد في السجل التجاري.

يحق لكل عضو في الشركة اذا كان متمتعا بحقوقه المدنية ، ان يطلب التسجيل في السجل التجاري للشركات التجارية ، التي يعمل لحسابها بوصفه ممثلا مفوضا قانونا . وحتى يتم قيد الشركة ، يجب على هذا الأخير ان يودع القانون الأساسي للشركة ومداولات الجمعية العامة او الجمعيات العامة التاسيسية، ومحضر انتخاب اجهزة الإدارة والتسيير ، وبيان السلطات المعترف بها للمسيرين ، وجميع العقود المنصوص عليها صراحة في التشريع المعمول به.

وبعد ايداع القانون الأساسي للشركة لدى مامور السجل التجاري ، يتحقق هذا الأخير من مطابقة شكل الشركة التجارية للأحكام القانونية المعمول بها. ويتحقق ذلك من الدفع الفعلي للراس المال المطلوب قانونا من الشركة ، ومن اختيارها مقرا رئيسيا لها ، حينها يسلم مامور السجل وصل التسجيل شريطة ان لا يعترض الغير على ذلك . وفي حالة اعتراض الغير على التسجيل ، يتوقف التسجيل ويحال الإعتراض للدراسة من قبل قاضي مكلف بالسجل التجاري حسب الأمور الإستعجالية (المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97) والذي يبقى صالحا ما لم يعترض عليه أي شخص آخر له مصلحة في ذلك (المادة 16 من نفس المرسوم) ولكي يكون السجل صورة صادقة لحالة الشركة ، اوجب القانون على كل من يتم قيده ، ان يطلب طبقا للأوضاع المقررة قانونا ، التاشير في السجل التجاري باي تغيير او تعديل يطرا على بيانات العقد ، كما سبق الإشارة الى ذلك اعلاه.

ويتم ذلك خلال شهر من تاريخ الحكم او الوقعة التي تستلزم ذلك ، عندها يؤشر مكتب السجل التجاري بكل بيان يتعلق بالشركة ، ويتم قيده في السجل ، ثم ترسل صورة من الحكم خلال شهر من تاريخ صدوره ، الى مكتب السجل التجاري المختص ، للتاشير بمقتضاه في السجل. ومن امثلة هذه الأحكام ، احكام فصل الشركات ، او عزل المديرين ، واحكام حل وتصفية الشركات.

هذا ويشترط المشرع المصري تجديد القيد في السجل التجاري كل خمس سنوات من تاريخ القيد او من تاريخ آخر تجديد او يقدم الطلب خلال الشهر السابق لإنقضاء المدة.

وفي حالة عدم تقديم طلب التجديد ، بعد مضي 90 يوما من تاريخ انذار صاحب الشان بكتاب موصى عليه مصحوبا بعلم الوصول. و يترتب على ذلك محو القيد من السجل التجاري ،اذاانقطع النشاط التجاري باية صورة من الصور(1) .

ولقد نصت المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري على حالات الشطب (المحو) من السجل التجاري وهي كالتالي:

ـ التوقف النهائي عن النشاط.

ـ الإفلاس او التسوية القضائية.

ـ حل الشركة التجارية .

ـ مقرر قضائي يقضي بالشطب من السجل التجاري.

ثم بعدها اكد تها المادة 26 تجاري بقولها : ((ان الإشارة الخاصة بالتعديلات الطارئة على وضعية التاجر(الشخص المعنوي) المسجل وكذلك التشطيبات الواقعة في حالة توقف نشاطه التجاري............ ويتعين على الموثق الذي يحرر عقد ذا اثر بمادة السجل التجاري بالنسبة للأطراف المعنية ان يقوم بكل الإجراءات المتعلقة بالعقد الذي يحرره)) .

ومجمل القول انه يمكن تقديم طلب محو القيد خلال شهر من تاريخ الواقعة التي تستوجبه. فاذا لم يقدم صاحب الشان طلب المحو ، كان على مكتب السجل التجاري ان يمحو القيد من تلقاء نفسه بعد التحقق من السبب الموجب له.

4 ـ آثـــــار القيد في السجل التجاري.

اذا توافرت الشروط المذكورة سالفا وتم قيد الشركة في السجل التجاري ، يترتب على ذلك عدة آثار قانونية اهمها:

ـ تكتسب الشركة المسجلة في السجل التجاري ، صفة التاجر ازاء القوانين الجاري بها العمل الا اذا ثبت خلاف ذلك وتخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة. هذا ما نصت عليه المادة 21 تجاري و(تقابلها المادة 18 من قانون السجل التجاري)

ويستفاد من هذين النصين ، ان القيد في السجل التجاري يعتبر قرينة قانونية على ثبوت صفة التاجر للشركة ، بحيث تتمتع بممارسة النشاط التجاري على التراب الجزائري بكل حرية، الا ان هذه القرينة القانونية بسيطة يمكن دحضها بكافة الطرق.

ـ يؤدي القيد في السجل التجاري الى ميلاد الشخصية المعنوية للشركة وتمتعها بالأهلية القانونية . هذا ما جاءت به المادة 549 تجاري بقولها : ((لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري................)) .

---

(1) أنظر :
مصطفى كمال طه، القانون التجاري ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، 1984 ، ص . 110،111

ويضيف المشرع االجزائري في شان بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة، على ان هذه الأخيرة التي تطرح اسهمها للإكتتاب العام ، لا تكتسب الشخصية المعنوية ، ولا يجوز لها ان تبدأ اعمالها الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.
كما انه لا يجوز لفروع ومكاتب ووكالات شركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم ، والشركات ذات المسؤولية المحدودة ، التي لا تتخذ في مصر مركزادارتها او مركز نشاطها ، ان تباشر نشاطها في الجزائر، الا بعد قيدها في السجل التجاري (1) .
وفي حالة ما اذا طرأ أي تعديل او تغيير على العقد التاسيسي للشركة ، يشترط قيده في السجل التجاري حتى يتسنى للشركة الإحتجاج به على الغير والا اعتبر باطلا(2)
ـ يرتب القيد الإشهار القانوني ، بحيث يستطيع الغير من الإطلاع على محتوى العقود التاسيسية والتحويلات او التعديلات التي اجريت على التصرفات القانونية للشركة من بيع ورهن الخ ..... وهذا ما قضت به المادة 20 من القانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري بقولها : ((يستهدف الإشهار القانوني الإجباري فيما يخص الشركات التجارية والمؤسسات الفردية في مفهوم الفقرة الثالثة من المادة 6 من نفس القانون اطلاع الغير على محتوى العقود التاسيسية والتحويلات والتعديلات والعمليات التي تشمل راسمالها ورهون الحيازة وتاجير التسيير وبيع المحل التجاري والحسابات والسندات الإشعارية المالية ....)).

3 ـ التسجيــــــل l' enregistrement .

جاء في المادة 28 من قانون التوثيق على ان: ((يحصل الموثق الحقوق والرسوم بمختلف انواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها. ويدفع مباشرة بقبضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بصدد الضريبة. وفضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حساب خاص لدى الخزينة ليودع فيه المبالغ التي يحوزها)).
ويقو م الموثق بتادية تلك المهمة المسندة اليه من خلال تسجيله لمختلف العقود التي يبرمها ، لدى مصلحة التسجيل التابع لها مكتب التوثيق اقليميا. وقد اكدت على ذلك المادة 75 فقرة 1 من قانون التسجيل بقولها : ((لا يمكن للموثقين ان يسجلوا عقودهم الا في مكتب التسجيل التابع للدائرة او عند الإقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم)).
ومن بين العقود الخاضعة الزاميا للتسجيل عقود الشركات . اذ نصت على ذلك المواد 24 و 218 و219 من قانون التسجيل على ان :

---

(1) أنظر :
د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص . 103
(2) أنظر :
المادة 548 من القانون التجاري الجزائري

((العقود التي تتناول تكوين شركة ومد اجلها او حلها او زيادة او تخفيض راس مالها وكذلك التنازلات عن الأسهم والحصص في الشركة)).
ونلاحظ بان نفس القانون يلزم الموثق بتسجيل جميع العقود في اجل لا يتجاوز شهرا. حيث قضت المادة 58 منه بقولها: ((يجب ان تسجل عقود الموثقين في اجل شهر ابتداء من تاريخها.....)).
وهكذا يعد التسجيل اجراء شكلي في عقد الشركة بحيث لا يمكن للموثقين اغفاله ، وباستيفائه يتم عقد الشركة.

4 ـ الإشـــــــــــــــهار.

يعتبر الشهر وسيلة قانونية لإعلام الغير بميلاد الشركة ، لذا اخضع المشرع الشركات التجارية لإجراءات الشهر ، قصد اخطار الغير بوجود الشركة، وحتى يكون عاى دراية بما يحيط بها قبل الدخول معها في التعامل .
واذا كانت الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، فان الشركة التجارية لا تتمتع بهذه الشخصية ، الا بعد استيفاء اجرءات الشهر(1) .
وتخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات الشهر باستثناء شركة المحاصة لأنها شركة خفية ، ولا تتمتع بالشخصية المعنوية.
وتتمثل اجراءات الشهر فيما يلي :
1- ايداع ملخص العقد التاسيسي للشركة في السجل التجاري قصد قيده ، وهذا ما نصت عليه المادة 348 تجاري بقولها: ((يجب ان تودع العقود التاسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال الشركات والا كانت باطلة)) .وتقضي المادة 56 من التقنين التجاري المصري، بانه اذا كان عقد الشركة رسميا، فان الملخص الذي يقع عليه الشهر، يجب ان يكون موقعا عليه من الموظف المختص بتحرير العقد (الموثق) ، اما اذا كان العقد عرفيا، فيجب ان يوقع هذا الملخص الشريك الذي يقوم باجراءات الشهر.
2ـ نشر ملخص العقد التاسيسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية (BOAL) .
3 ـ نشر ملخص العقد التاسيسي للشركة في جريدة يومية يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة.
ولقد نص المشرع الفرنسي ومن بعده المشرع المصري على البيانات الإلزامية التي يتم شهرها والتي يجب ان يحتوي عليها ملخص العقد التاسيسي للشركة .
وتتلخص هذه البيانات في :
ـ اسماء الشركاء والقابهم ومحال اقمتهم.
ـ عنوان الشركة.

---

(1) أنظر :
المادة 549 من القانون التجاري الجزائري

ـ اسماء الشركاء الماذون لهم بادارة الشركة والتوقيع باسمها.
ـ تاريخ بداية الشركة وتاريخ نهايتها.
على انه يجوز ان يشمل ملخص عقد الشركة على بيانات اخرى ، كبيان مقدار راس مال الشركة والغرض منها، و المركزالرئيسي لها وسلطات المدير .
ولما كانت هذه البيانات الواردة هنا تعتبر كحد ادنى ، يجب ان يتضمنها الملخص عقد الشركة، الذي يقع عليه الشهر ، فان اغفال أي بيان منها يؤدي الى بطلان الشركة. اما البيانات الإختيارية ، فان عدم ذكر احدها في الملخص الذي سيتم شهره، يؤدي الى عدم جواز الإحتجاج بهذا البيان على الغير(1).
ومتى طرأ تعديل على البيانات الواردة في ملخص عقد الشركة المشهر، وجب شهر التعديل ايضا ، بنفس الطريقة المحددة لشهر الملخص وفي نفس المدة الواجب شهر الملخص فيها، ويؤدي عدم شهر التعديل ، اذا تعلق ببيان من البيانات الواجب شهرها الى بطلان هذا التعديل (2) .

الفرع الثاني:
جزاء الإخلال بشكليات عقد الشركة.

اذا تخلف ركن من اركان الشركة ، سواء كان ركنا موضوعيا عاما او خاصا،او ركنا شكليا ترتب على ذلك جزاء ، يتمثل في بطلان عقد الشركة. الا ان هذا البطلان يختلف تبعا للركن المتخلف، فقد يكون بطلانا مطلقا ،وقد يكون بطلانا نسبيا، كما قد يكون بطلانا من نوع خاص .
والأصل ان البطلان مهما كان نوعه ، فهو يؤدي الى زوال العقد وما يترتب عليه من آثار باثر رجعي ، غير ان الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة مطلقة، نظرا للآثار الخطيرة التي تنجم عن هذا البطلان. اذ لايستطيع الغاء وجود الشخص المعنوي في الفترة السابقة عليه.
اما البطلان الذي نحن بصدده ، هو البطلان الناجم عن تخلف الشكليات في عقد الشركة والجزاء المترتب عن تخلف كل شكل من هذه الأشكال. وسنعرض بطلان الشركة في حالة تخلف الشروط الموضوعية العامة والخاصة ، وذلك اثناء تناولنا لبطلان الشركة.
وعليه يكون الجزاء المترتب عن تخلف الكتابة (اولا) الجزاء المترتب عن تخلف القيد في السجل التجاري (ثانيا) ثم الجزاء المترتب عن تخلف التسجيل (ثالثا) واخيرا الجزاء المترتب عن تخلف الشهر(رابعا) .

أولا: الجزاء المترتب على تخلف الكتابة.

تقضي المادة 545 تجاري بكتابة عقد الشركة في الشكل الرسمي والاكانت باطلة . وتؤكد على ذلك ايضا المادة 418 من القانون المدني التي تنص هي الأخرى على ان يكون عقد الشركة مكتوبا والاكان باطلا .

---

(1) أنظر :
د / محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، 1975 ، ص . 268،269
(2) أنظر :
المادة المادة 20 من فانون السجل التجاري الجزائري

كما قضت ايضا المادة 13 من قانون التوثيق على انه: ((يجب اثبات العقود المؤسسة او المعدلة للشركة بعقد رسمي وذلك تحت طائلة البطلان)).
يتضح من هذه المواد ، على انه اذا لم يفرغ عقد الشركة في الشكل المطلوب له قانونا، او لم تكن التعديلات التي يدخلها الشركاء بعد ذلك على العقد في الشكل ذاته، تعتبر الشركة باطلة والتعديلات التي ادخلت عليها باطلة كذلك (1).
ولما كان البطلان هنا جزاء عن الإخلال بالشكل ، والقانون هو الذي يعين الجزاء على هذا الإخلال، اذ يعتبر الشكل من صنعه. فان هذا البطلان لا يجوز ان يحتج به الشركاء تجاه الغير. وقداراد المشرع من اشتراط الكتابة ان يحمل الشركاء على التفكير قبل الإقدام على تكوين الشركة، تكون عادة لمدة طويلة، وقد يبني عليها تعرض ثرواتهم وسمعتهم للخطر . كما ان وجود سند كتابي محدد الشروط من شانه تقليل المنازعات التي يمكن ان تنشا بسهولة، اذا لم يوجد مثل هذا السند. فضلا عن ان عقد الشركة يتضمن كثيرا من التفصيلات ، ويستغرق تنفيذه وقتا طويلا مما لا يمكن معه الإطمئنان الى ذاكرة الشهود. بيدان الكتابة لا يستلزمها المشرع لصالح الشركاء فقط ، بل انها وضعت ايضا لمصلحة الغير الذي يهمه ان يعرف شروط عقد الشركة ومدى سلطة الشخص المعنوي الذي يتعامل معه.
هذا الا ان الشركة التجارية يجب شهرها، والكتابة هي الخطوة الأولى في سبيل الشهر .
ويلاحظ على بطلان الشركة لعدم كتابة العقد ما يلي:
ـ احتجاج الشركاء بالبطلان تجاه الغير.
لا يجوز للشركاء ان يتمسكوا بهذا البطلان تجاه الغير ، لأن عدم كتابة العقد اهمال منهم لا يجوز ان يستفيدوا منه. فاذا طالب دائن الشركة بدين عليها لم يكن للشركاء حق التمسك ببطلانها لعدم الكتابة تخلصا من وفاء الإلتزام. اذ نصت المادة 545 تجاري في فقرتها الأخيرة على جواز قبول اثبات الغير وجود الشركة بجميع الوسائل عند الإقتضاء .
وعلى عكس من ذلك فانه يجوز لدائن الشركة التمسك ببطلان الشركة ـ اذا رآى في ذلك مصلحة شخصية له ـ لكي ينفذ على مال المدين الذي يدعي انه قدمه حصة في الشركة. ويجوز للشركاء ان يتمسكوا بالبطلان فيما بينهم ، لأنهم ساهموا جميعا في اهمال كتابة العقد.
فاذا قضي بالبطلان بناء على طلب احد الشركاء ، فلا يرتب البطلان اثره الا من وقت الحكم به. وتصفى الشركة طبقا لشروط العقد الذي ابطل ، لأن البطلان ليس راجعا الى سبب، بل الى سبب خارج عنه وهوعدم الكتابة. اما بالنسبة للماضي فلا اثر للبطلان (2) .

---

(1) أنظر :
القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 يوليو والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية الصادرة في 13 يوليو سنة1988 ، العدد . 28 .
(2) أنظر :
مجلة الموثق ، المرجع السابق ، 1998 ، العدد ، 4 ، ص 19 .

ــ احتجاج الغير ببطلان الشركة.

للغير ان يحتج على الشركاء ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب. باعتبارها شخصا معنويا ، او تجاه احد الشركاء بصفة شخصية . لأن المبدا المقرر هو الإعتراف للغير بالحق في التمسك ببطلان الشركة بالنسبة للمستقبل فقط او اعتبار الفترة السابقة على طلب البطلان لحين التصفية فترة قيام شركة واقعية ،او ببطلانها باثر رجعي ياتي على وجودها منذ البداية وفقا لما يراه ملائما لمصلحته(1).

ثـــانيا: الجزاء المترتب على تخلف الشهر.

لقد نص القانون على ضرورة شهر الشركات التجارية طبقا للإجراءات والأوضاع التي حددها القانون، كما نص كذلك على شهر أي تعديل يطرا على العقد التاسيسي للشركة. وتبعا لذلك رتب المشرع على تخلف هذا الإجراء الجوهري ، جزاءا قاسيا يتمثل في البطلان، بل انه علق تمتع الشركة بالشخصية المعنوية على اتمام هذا الإجراء.

وازاء هذا الوضع لم يمنح المشرع التجاري الشخصية المعنوية للشركة الا بعد استيفاء اجراءات الشهر ذلك ما قررته المادة 549 تجاري جزائري بقولها: ((تخضع الشركات التجارية لإجراءات الشهر باستثناء شركة المحاصة لأنها شركة خفية ولا تتمتع بالشخصية المعنوية) وتقابلها (المادة 506 مدني مصري) .

وازاء هذا الوضع ، لم يقرر المشرع بطلانا من نوع خاص، وانما قرر ذلك وفقا للقواعد العامة. ويتمثل ذلك في عدم الإحتجاج بعقد الشركة على الغير ، بما في ذلك التعديلات التي تدخل على عقد الشركة.

وبما انه لما كان المقصود هو حماية الغير، يجب ان يترك له الأمر وحده في تقرير ما اذا كان من مصلحته ، ان يحتج بعدم استيفاء اجراءات الشهر لأنه له فائدة في ذلك. او يمكنه التمسك بالشخصية القانونية للشركة ، ويحتج اتجاهها بالعقد وما لحقه من تعديل.

واخيرا لإجبار الشركاء على استيفاء اجراءات الشهر، قرر القانون الجزائري عدم قبول ما ترفعه الشركة من دعاوي ، الا اذا ثبت ان اجراءات الشهر قد تمت. ويعني ذلك ان يذكر في اعلان الدعوى ، رقم قيدها في السجل التجاري ، وعلى كل شخص رفعت ضده دعوى ان يدفع بعدم قبولها، لأن اجراءات الشهر لم تتم . ويترتب على ذلك ايقاف الدعوى وعدم جواز السير فيها من جديد، الا بعد ان تثبت الشركة قيامها باجراءات الشهر.

تلك هي الوسائل التي قررها المشرع لضمان شهر او نشر الشركات ، وهي تعد ضمانات اساسية من الناحية الإقتصادية والمالية (2) .

---

(1) أنظر :

د / عباس مصطفى المصري ، تنظيم الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2002 ، ص . 45

(2) أنظر :

د / احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الإلتزام ، المجلد الأول ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1988 ، ص . 196 .

ثـالثـــا: جزاء عدم القيد في السجل التجاري.

رتب المشرع على عدم القيد في السجل التجاري، آثار مدنية وجزاءات جنائية وذلك لكفالة احترام أحكام القانون التجاري والسجل التجاري .

ـ الآثار المدنية .

لا يمكن للشركة التي لم تبادر بتسجيل نفسها في السجل التجاري خلال مدة شهرين ان تتمسك بصفتها كتاجرة ، لدى الغير او لدى الإدارات العمومية . كما لايمكن للشخص الإعتباري الإستناد لعدم التسجيل وذلك للهروب من المسؤولية الملازمة لصفته كتاجر. بينما يتحمل هذه المسؤولية ،لإخلاله بالإلتزام بالقيد في السجل التجاري.

كما لا يمكن له ايضا الإحتجاج ببعض البيانات الضرورية لمزاولة التجارة ، تجاه الغير ، اذا لم يقيدها في السجل،الا اذا اثبت ان الغير على علم بها (1) .

ـ الجزاءات الجنائية.

يفرض قانون السجل التجاري والقانون التجاري جزاءات جنائية لكفالة احترام الأحكام التي يشتمل عليها. فقد قضت المادة 26 من قانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري على انه: ((يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 500 و20000 دج على عدم التسجيل في السجل التجاري . وفي حالة العود، تضاعف الغرامة المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى اعلاه مع اقترانها باجراء الحبس ، لمدة تتراوح بين 10 ايام وستة اشهر. ويمكن للقاضي ان يتخذ زيادة على ذلك اجراءات اضافية تمنع ممارسة التجارة.

وجاء ايضا في المادة 27 من نفس القانون و(تقابلهاالمادة 18 من قانون السجل التجاري المصري) ما يلي: ((يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 500 و20000 و بالحبس لمدة تتراوح بين 10 ايام وستة اشهر، او باحدى هاتين العقوبتين، كل شخص تعمد بسوء نية تقديم تصريحات غير صحيحة اوو اعطى بيانات غير كاملة قصد التسجيل في السجل التجاري . وفي حالة العود تضاعف العقوبات السالفة الذكر. ويامر القاضي المكلف بالسجل التجاري ، وعلى نفقة المخالف تسجيل هذه العقوبات في هامش السجل التجاري ونشرها في الجريدة الرسمية للإعلانات القانونية.

اما المادة 28 من نفس القانون فنصت على انه : ((يعاقب بالحبس مدة تتراوح بين سنة وثلاث سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 10000دج و 30000 دج كل من يزيف او يزور شهادات التسجيل في السجل التجاري او اية وثيقة تتعلق به قصداكتساب حق او صفة)).

هذا فيما يخص الغرمات والعقوبات التي نص عليها قانون السجل التجاري ، فهي عقوبات خطيرة و متنوعة حسب نوع الجرم ، وغرامات كبيرة ، لردع المخالفين حتى يحجموا عن ارتكاب مثل هذه المخالفات .

---

(1) أنظر :
المادتين 24 و 25 من التقنين التجاري الجزائري

ولم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا الحد ، فبالإضافة الى العقوبات التي تعرض لها في احكام قانون السجل التجاري ، ها هو يقودنا الى معرفة نوع العقوبات التي فرضها في التقنين التجاري،وذلك في نصوص خاصة ،على كل من تسول له نفسه العبث بقوانين البلاد. حيث جاء في المادة 28 من القانون التجاري ما يلي : ((كل شخص ملزم بان يطلب تسجيل اشارة تكميلية او تصحيحية او شطب من السجل التجاري ، ولم يستكمل الإجراءات المطلوبة منه في غضون 15 يوما من ضبط المخالفة دون عذر مبرر، يستدعى لدى المحكمة التي تنظر في المخالفة .
ويعاقب عن هذه الأخيرة بغرامة قدرها 300 دج الى 20000 دج وبالحبس من 10 ايام الى ستة اشهر او باحدى هاتين العقوبتين)).
هذا وباتباع المشرع هذه الجزاءات الرادعة ، يكون قد ضيق الحصار امام أي شخص يحاول النيل من مكتسبات وشرائع البلاد.

رابعـا: جزاء الإخلال بالتسجيل l'enregistrement .

رتب المشرع الجزائري عدة عقوبات وغرامات جبائية على الموثقين الذين لم يبادروا بتسجيل عقودهم في الآجال المحددة.
اذ جاء في نص المادة 58 من قانون التسجيل على انه : ((يجب ان تسجل عقود الموثقين في اجل شهر ابتداء من تاريخها)).
واضافت المادة 93 من نفس القانون على انه : ((يتعين على الموثقين..........
الذين لم يسجلو عقودهم في الآجال المقررة ان يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما ياتي :
ـ اذاكان التاخر في التسجيل يتراوح ما بين 31 يوما.
ـ الزام مالي مقدر ب 3% كل شهر او جزء من شهر للتاخير اذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير وذلك دون ان يتعدى مجموع الإلتزام المالي والغرامة الجبائية المشار اليها مسبقا مستوى 25% .
غير ان الموثقين .... الذين لم يسجلوا في الآجال المقررة ، دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات اخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها)).
وخلاصة القول تؤكد بان المشرع الجزائري وضع احكام قاسية تفرض على الموثقين الذين يتقاعسون عن تسجيل عقودهم في الآجال المعينة، وذلك حتى تتمكن الدولة من تحصيل الحقوق والرسوم من الأطراف الملزمين بتسديدها، وذلك عن طريق الموثقين الذين هم ملزمون قانونا ومباشرة تجاه بلدهم من التحكم في عملية التسجيل ، والحرص على ضبطها والعمل على حسن سيرها .
اذ ان هذا التاخر من شانه عرقلة عمليات التسجيل التي تضيع والتي من خلالها ممكن ان تضيع اموالا طائلة ، تستفيد منها البلد ويزدهر اقتصادها.

الفرع الثالث:
بطلان عقد الشركة وآثاره.

طبقا للقواعد العامة فان البطلان قد يكون بطلانا مطلقا وقد يكون نسبيا . فاذا ما تقرر البطلان سواء في الإطار المطلق او النسبي ، فان العقد يكون هو العدم، ولا يترتب عليه أي اثر. ويستوجب هذا الحال اعادة الأمور الى ما كانت عليه قبل التعاقد. هذا حكم القواعد العامة بالنسبة للبطلان. اما في اطار عقد الشركة فانه يضاف الى نوعي البطلان سالفي الذكر، نوع ثالث يشكل بطلانا من نوع خاص ، يستقل باحكام متفردة تستشف في جانب منها من بعض النصوص القانونية المتعلقة بالشركات التجارية، ويبقى جانب آخر رسم خطوطه القضاء اساسا، من خلال تكريس فكرة " شركة الواقع" ، بقصد التغلب على صعوبات طرات في الواقع العملي.

وسنعرض فيما يلي لأسباب البطلان(اولا) ثم الى آثار البطلان(ثانيا) .

أولا: اسباب بطلان الشركة.

ان مقدار تدخل المشرع يعتبر واضحا في جميع انواع الشركات ، وان كان تدخله يختلف من شركة الى اخرى حسب نوعها ، واستلزم شروطا خاصة بالشركة،ورتب جزاء على مخالفة تلك الشروط جميعها.فاذا تخلف احد اركان عقد الشركة ، ترتب عاى ذلك بطلان الشركة ، وهذا البطلان اما ان يكون مطلقا او نسبيا بحسب السبب الذي يبنى عليه .

ففيما يخص الشروط الشكلية فقد تم التعرض للجزاءات التي رتبها المشرع من جراء مخالفتها ، على اساس انها هي من بين الأمور المهمة التي يتعلق بها موضوع البحث. اما بالنسبة للجزاءات المترتبة على مخالفة الشروط الموضوعية العامة والخاصة فسوف يتم تناولها وذلك في ، البطلان المؤسس على مخالفة الأركان الموضوعية العامة (1) والبطلان المؤسس على مخالفة الأركان الخاصة (2).

1 ـ البطلان المؤسس على مخالفة الأركان الموضوعية.

أ ـ البطلان المؤسس على عيوب الرضا.

اذا اصيب رضا احد الشركاء بعيب من العيوب كالغلط والإكراه او التدليس، او كان الشريك قاصرا او ناقص اهلية لعته او سفه او غفلة. فان الجزاء المترتب عن هذا العيب هو البطلان الذي يسري في حقه فحسب، دون سائر الشركاء ، أي ان البطلان نسبي يقتصر على الشريك الذي شاب رضاؤه عيب من العيوب او الشريك القاصر او ناقص الأهلية (1). ويسقط حق الشريك في طلب البطلان اذا اجاز العقد سواء كانت الإجازة صريحة او ضمنية (2). كما يسقط حقه اذا لم يتمسك به الشريك خلال عشر سنوات تبدا من يوم كشف العيب ، كما لايجوز التمسك بالبطلان اذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت اتمام العقد.

-(1) أنظر :
د / ادوار عيد ، الشركات التجارية (مبادىء عامة ـ شركات الأشخاص) مطبعة النجوى، بيروت ، 1969، ص . 63.

(2) أنظر :
المادة 100 من القانون المدني.الجزائري

ومتى قضي للشريك بالبطلان ، فالقواعد العامة تقضي بإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ويسترجع الشريك حصته فان كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل.

وقد يطرح السؤال هنا عن مصير الشركة؟
فالأمر يتوقف على نوع الشركة، فاذا كانت شركة تضامن او شركة توصية بسيطة[1] .(بالنسبة للشريك المتضامن) ترتب على الحكم بالبطلان، انهيار العقد ومن ثم الشركة، لا بالنسبة للشريك الذي كان رضاؤه معيبا فحسب ، وانما بالنظر للشركاء جميعا لأن الشركة تقوم على الإعتبار الشخصي بحيث يعتمد كل شريك على وجود الشركاء الآخرين بسبب التضامن الذي يربط فيما بينهم من جهة، وبينهم وبين الشركة من جهة اخرى.الا اذا نص في العقد التاسيسي على استمرار الشركة مع بقية الشركاء .

اما اذا تعلق الأمر بشركة ذات مسؤولية محدودة او مساهمة ، فلا تبطل الشركة بكاملها، نظرا لعدم قيامها على الإعتبار الشخصي ، وانما تظل الشركة قائمة ويسترد الشريك الذي قضي له بالبطلان لعيب في رضائه ، قيمة حصته او الأسهم التي اكتتب بها،وتعرض من جديد للإكتتاب او البيع. اما اذا كان العيب قد شاب ارادة كافة الشركاء المؤسسين في احدى هذه الشركات فتبطل الشركة. وذلك ما تقضي به المادة 733 تجاري جزائري بقولها: ((لا يحصل بطلان شركة او عقد معدل للقانون الأساسي ، الا بنص صريح في هذا القانون، او القانون الذي يسري على بطلان العقود، وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة او شركات المساهمة فان البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ، مالم يشمل هذا العيب كافة الشركاء المؤسسين كما ان هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط الحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني)).

فاذا حكم ببطلان الشركة بسبب عيب في رضا احد الشركاء او نقص في اهليته في شركة التضامن ، او رضا او نقص اهلية جميع الشركاء المؤسسين في الشركات ذات المسؤولية المحدودة او شركات المساهمة. فان هذا البطلان يكون بالنسبة للمستقبل .

---

(1) تنص المادة 563 مكرر من المرسوم رقم 08/93 المؤرخ قي 25 افريل 1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري عاى انه ((تطبق الأحكام المتعلقة بشركات التضامن على شركات التوصية البسيطة مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل)) . كما تنص المادة 563 مكرر 1 من نفس المرسوم في فقرتها الأولى على انه : ((يسري على الشركاء المتضامنين القانون الأساسي للشركاء المتضامنين)) .

حيث يتوجب حل الشركة وتصفيتها ،و تعتبر الشركة في الفترة ما بين ابرام عقدها وبطلانه موجودة اوقائمة فعلا، وهذا ما يؤدي بالكلام عن الشركة الفعلية عند التطرق الى الموضوع المتعلق بالآثار التي تترتب على بطلان الشركة.

ب ـ البطلان لعدم مشرعية السبب والمحل.

تبطل الشركة اذاكان محلها غير مشروع أي مخالف للنظام العام والآداب العامة كأن يكون مثلا موضوع الشركة يتمثل في الإتجار بالمخدرات او في فتح بيوت للقمار او للدعارة او لتهريب الأسلحة، فان الجزاء المترتب على ذلك هو البطلان المطلق الذي يحق لكل ذي مصلحة ان يتمسك به سواء كان من الشركاء او من الغير. كما يحق للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها. ولا يزول هذا النوع من البطلان بالإجازة سواء كانت صريحة او ضمنية. وتسقط دعوى البطلان المطلق كما ذكر اعلاه بمضي خمسة عشرة سنة من وقت ابرام العقد. ويؤدي البطلان المطلق الى زوال العقد باثر رجعي، واذا كان الشركاء او بعضهم لم يقدموا حصصهم، فلا يلزمون بتقديمها. اما اذا كانو قدموا حصصهم ، فقد ثار الخلاف حول حقهم في استردادها .

فذهب راي الى انه لا يجوز للشركاء في حالة البطلان المطلق ، كعدم مشروعية السبب او الموضوع مطالبة مدير الشركة باسترداد حصصهم تطبيقا للمبدا القائل :
((انه لا يجوز لأحد ان يستفيد من نتيجة عمله الغير مشروع)) . بينما ذهب راي آخر الى عكس ذلك ، فراى ان للشركاء حق استرداد حصصهم من مدير الشركة الذي لا يجوز له الإحتفاظ بها بدون سبب قانوني، فيثري على حسابهم لاسيما وانه ساهم في العمل غير المشروع.

وهذا هو الراي الراجح فقها وقضاء (1) . وقد ثار الخلاف ايضا حول الآثار المترتبة على بطلان عقد الشركة تجاه الغير الذي تعامل مع الشركة قبل الحكم عليها بالبطلان.

فيرى جانب من الفقه انه اذا قضي بالبطلان المطلق في عقد الشركة التي يكون موضوعها او سببها غير مشروع ، مقتضاه انه يؤدي الى بطلان الشخص المعنوي ومن ثم بطلان جميع التصرفات التي اجريت مع الغير.

الا ان الراي الراجح هنا يميز بين ما اذا كان الغيرحسن النية او سيء النية، أي بين ما اذا كان الغير عالما بالغرض غير المشروع الذي تاسست من اجله الشركةاولا.

فاذا كان حسن النية ، فلا يجوز التمسك في مواجهته بالبطلان،اما اذا كان سيء النية فلا يجوز ذلك ، بل يحق للغير ان يطالب الشركاء بتنفيذ العقد الذي تم بينهم طالما كان هذا العقد لا يستند هو بدوره الى سبب غير مشروع. فمثلا اذا قامت شركة بالإتجار بالمخدرات ، او ابرمت عقد مع الغير موضوعه شراء سيارة استعملتها في تنفيذ غرضها غير المشروع، وهذا قبل الحكم ببطلانه، ودون ان يكون البائع الذي يطالب بحقه في دفع ثمن السيارة لأن العقدالمبرم بين الشركة والبائع غير مؤسس على عمل غير مشروع (2) .

---

(1) أنظر :
د / ادوار عيد ، المرجع السابق ، ص . 87

(2) أنظر :
د / محمد فريد العريني ، المرجع السابق ، ص . 260

2 ـ البطلان المؤسس على مخالفة الأركان الخاصة.

يشمل هذا النوع احوال البطلان بسبب عدم اكتمال االنصاب القانوني لعدد الشركاء ، وعدم تقديم الحصص، وانتفاء نية المشاركة، واخيرا تقسيم الأرباح والخسائر.

أ ـ البطلان بسبب عدم اكتمال النصاب القانوني.

يفترض في عقد الشركةايا كان نوعها ان يكون الشركاء اثنين على الأقل (1).
غير ان المشرع الجزائري لإعتبارات رآها ، اشترط في الشركات ذات المشؤولية المحدودة ألا يزيد عدد الشركاء فيها على عشرين شريكا ، وان لا يقل على شريك واحد. واما في شركات المساهمة فاستوجب ألا يقل عدد الشركاء عن سبعة (التعديل الجديد . قانون 08/93).
ومقتضى هذه النصوص انه في شركات التضامن والمسؤولية المحدودة ، يلزم وجود شريكين على الأقل، والا كانت باطلة. والبطلان في هذه الحالة بطلانا مطلقا. غير انه اذا اجتمعت كل حصص الشركة في يد واحدة ، لا يسوغ تقديم طلب حل الشركة قبل سنة من جمع الحصص. وعندما يجمع شريك واحد كل الحصص في شركة فيها اكثر من شريك ، ففي جميع الحالات يمكن للمحكمة ان تمنح اجل اقصاه ستة اشهر لتسوية الوضعية في حين لا يمكن الحكم بالحل اذا تمت التسوية يوم النظر في الموضوع (2).
فلا يمكن ان تحيا الشركة بشخص واحد الا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة(الأمر رقم 27/96). اما اذا زاد عدد الشركاء على عشرين شريكا في الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، فاوجب المشرع تحويلها الى شركة مساهمة قي اجل سنة واحدة. او تحل الشركة مالم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا او اقل (المادة 590 تجاري) .
والبطلان هنا بطلان نسبي ، أي يجوز تصحيحه خلال فترة السنة ، والا بطلت الشركة.
اما بالنسبة للشركات المساهمة فقد اوجب المشرع الا يقل عدد الشركاء فيها عن سبعة، فاذا نقص عدد الشركاء عن هذا النصاب ، تكون الشركة باطلة بطلانا مطلقا، ولا تقوم الشركة كشركة مساهمة . غير انه يجوز للمؤسسين البالغ عددهم اقل من سبعة ان يحولوها الى شركة من نوع آخر ، كشركة تضامن او توصية بسيطة ، او ذات مسؤولية محدودة طبقا لنظرية تحويل العقد (المادة 105 مدني).

ب ـ البطلان بسبب عدم تقديم الحصص.

يترتب على عدم تقديم حصص الشركاء، بطلان الشركة لأن الحصص هي بمثابة الضمان العام للمتعاملين مع الشركة، الأمر الذي يجب معه تقديم هذه الحصص ، ويجب الإلتزام بالحد الأدنى لراس المال المنصوص عليه في القانون حسب نوع الشركة.

---

(1) باستثناء المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة التي تتكون من شريك واحد.
(الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 1996/12/09 الذي يعل ويتمم القانون التجاري) .

(2) أنظر : المادة 590 مكرر 2 من الأمر رقم 27/96 سالف الذكر .

ج ـ البطلان المؤسس على انتفاء نية المشاركة وتقسيم الأرباح.

ان نية المشاركة تعتبر بمثابة فقدان الروح المحركة لهذه المنظومة القانونيةكما تعتبر بمثابة السبب الفني لنشوء الإلتزامات في عقد الشركة ايا كان نوعها سواء كانت من شركات الأشخاص او شركات الأموال. ويبقى هذا السبب لازما سواء عند تاسيس الشركة في مراحل حياتها الأولى ، او عند ممارستها نشاطها او انقضاؤها في نهاية حياتها، ومضمون نية المشاركة هو المساواة في الإشتراك في الإدارة وتوزيع الأرباح والمساهمة في الخسائر. وعليه فاذا انتفت هذه النية ، لم نكن بصدد عقد شركة ، وعليه تكون الشركة باطلة بطلانا مطلقا. ذلك ما قضت به المادة 426 مدني في فقرتها الأولى، بقولها: ((اذا وقع الإتفاق على ان احد الشركاء لا يساهم في ارباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا)).

إلا ان المشرع التجاري ذهب عكس ما ذهب اليه المشرع المدني، اذ اورد حكما في المادة 733 تجاري يقضي بعدم بطلان الشركة ذات المسؤولية المحدودة او شركة المساهمة حتى في حالة عدم مساهمة احد الشركاء في ارباح الشركة ولا خسائرها.

اما المشرع المصري فيرى انه في حالة انعدام النية في اقتسام الأرباح والخسائر، فان الشركة تاخذ شكل " شركة الأسد" وتكون شركة باطلة قانونا ولا سبيل لقيامها في الواقع القانوني(1) . وتبعا ذلك يحق لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان ،بل يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها(2) .

كما انه يترتب على الحكم ببطلان عقد الشركة تصفية هذه الشركة باثر رجعي تاسيسا على انعدامها في الحقيقة ، وينبغي في هذه الحالة تقسيم موجوداتها(3) .

ثانيا: آثـــــار البطلان.

ان عقد الشركة ينشىء شخصية الشركة المستقلة عن اشخاص الشركاء ، بحقوقها وديونها وراسمالها. وتتعامل مع الغير بوصفها شخصا مستقلا ، ورااينا فيما سبق أن عقد الشركة يتعرض للبطلان في حالات كثيرة.

والأصل انه متى قضي ببطلان عقد الشركة سواء كان البطلان مطلقا او نسبيا، فان القواعد العامة تقضي بان يعاد الشركاء الى ماكانوا عليه قبل العقد، تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان.

بيد ان تطبيق القواعد العامة على عقد الشركة والقول برد الحالة الى ماكانت عليه من قبل العقد، وان كان يستقيم نظريا فانه لا يستقيم عمليا. اذ هو لا يقيم وزنا للعقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير واصبحت بمقتضاها دائنة او مدينة. كما يزعزع الثقة في الشركات وينفر الغير من التعامل معها خشية ان يفاجا بعد ببطلانها وزوال شخصيتها وانهيار حقوقه في مواجهتها لسبب في عقدها كثيرا ما يخفى عليه.

---

(1) أنظر :
د / عباس مصطفى المصري ، المرجع السابق ، ص . 40.

(2) أنظر :
د / محمد فريد العريني ، المرجع السابق ، ص . 261.

(3) أنظر :
د / عباس مصطفى المصري ، المرجع السابق ، ص . 40 .

وبعبارة ادق ان تطبيق الأثر الرجعي للبطلان يجافي المنطق السليم وينكر العدالة . لذلك رآى القضاء ان هذه النتائج غير عادلة، ولا سيما انه لا يمكن انكار ان الشركة ـ على الرغم من بطلانهاـ فقد وجدت بالفعل. وتقدمت الى الغير بوصفها شخصا معنويا له كيان قائم بذاته، وتعاملت معه على هذا الأساس، فانكار هذا كله انكار للواقع وحقيقة الأمر(1) . لذلك استقر القضاء على انه متى حكم ببطلان الشركة ، اقتصر أثره على المستقبل فحسب دون ان يمتد الى الماضي ، اذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها في الفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بالبطلان. غير ان الإعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعتراف بالوجود الفعلي او الواقعي للشركة ، ولا ترتكز على اساس قانوني ، لذلك تسمى هذه الشركة بالشركة الفعلية او بالشركة الواقعية(2) .

1 ـ ميلادالشركة الفعليةالواقعية.

وعلى هذا فالشركة الفعلية هي الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع ثم حكم ببطلانها لتخلف احد اركانها. وهذه الشركة يجب الإعتداد بنشاطها السابق وتصفيتها ولقد استند القضاء في اقامة نظرية الشركة الفعلية الى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لإستقرار المراكز القانونية، ذلك لأن الغير قد تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها ، على اساس انها شركة صحيحة ومن ثم فلا يسوغ ان يفاجا هذا الغير الذي اطمئن الى الوضع الظاهر ببطلان الشركة ، لسبب قد يكون خفيا عليه(3) .

كما استند القضاء ايضا في اقامة هذه النظرية على اساس قانوني، فاعتبر ان عقد الشركة من قبيل العقود المستمرة التي تنفذ يوم بعد يوم، فاذا قضي بالبطلان، تناول البطلان مستقبل العقد فحسب، اما بالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة ولكن وجودها ليس له كيان قانوني وانما كيان فعلي واقعي (4) .

ومما يمكن استنتاجه هوالطبيعة الخاصة للبطلان في اطار الشركة الواقعية وتفرده بالخصائص التالية:

أـ لا يجوز للمحكمة ان تقضي به من بلقاء نفسها وانما يلزم طلبه من احد الشركاء او الغير.

ب ـ لايجوز للشركاء الإحتجاج بمثل هذا البطلان في مواجهة الغير،وان كان يجوز لهذا الغير ان يتمسك بهذا البطلان في مواجهتهم او لا يتمسك بهذا البطلان وفقا لمصلحته. وبالنسبة لعلاقات الشركاء فيما بينهم، فانه يجوز لكل شريك ان يتمسك بالبطلان في مواجهة باقي الشركاء ،الا ان هذا الأثر لا ينعقد قانونا الا من وقت ان يطلب الشريك الحكم بالبطلان.

---

(1) أنظر :
مجلة الموثق ، المرجع السابق ، 1998 . العدد 4 ، ص . 19 .

(2) أنظر :
د / فضيل نادية ، احكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص . 51.

(3) أنظر :
د / اكثم امين الخولي ، قانون التجارة اللبناني، الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، 1968 ، ص. 1 و3 .

(4) أنظر :
د / فريد محمود العريني ، المرجع السابق ، ص . 263 .

ج - هذا البطلان ذا اثر فوري بمعنى انه ينصرف الى المستقبل فقط من وقت طلبه.اما الفترة السابقة عليه فهي صحيحة بما تتضمنه من علاقات في الحدود التي سبق وان اوضحناها (1) .

1- شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية.

يشترط لتطبيق نظرية الشركة الفعلية ان تكون الشركة قد باشرت اعمالا قبل الحكم ببطلانها ، اما اذا صدر الحكم بالبطلان قبل ان تباشر الشركة اعمالها ، فلا يكون لها كيان في الواقع، ولا يمكن اعتبارها شركة فعلية .

هذا ولم يعترف القضاء بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان ،لأن هناك اسبابا للبطلان لا يجوز الإعتراف فيها بوجود الشركة ، لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع، اذ يجب في هذه الحالات تطبيق القواعد العامة في البطلان بصفة مطلقة، واعتبار الشركة في حكم العدم ، بينما هناك حالات يمكن ان تطبق عليها الشركة الفعلية (2).

2 - الحالات التي يمكن الإعتراف فيها بالوجود الفعلي للشركة.

أ - اذاكان البطلان قائما على عدم توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، كعدم وجود نية المشاركة او تخلف ركن تقديم الحصص او تخلف ركن تعدد الشركاء (باستثناء الشركة ذات المسؤواية المحدودة) فلا يكون عندئذ للشركة أي وجود قانوني ولا فعلي.

ب - اذا كان البطلان قائما على عدم مشروعية السبب ، كان يكون نشاط الشركة مخالف للنظام العام والآداب العامة، مثل الإتجار في المخدرات او الإتجار في تهريب الأسلحة، فان الإعتراف بالوجود الفعلي للشركة ، معناه الإعتراف بالنشاط غير المشروع الذي قامت من اجله الشركة ، وهذا يتنافى اطلاقا مع المنطق والقانون.

ج - يجب التفرقة بين الشركة الفعلية التي وجدت بالفعل وتعاملت مع الغير بوصفها شخصا معنويا، وبين الشركة التي تكونت بحكم الواقع. وهي الشركة التي يتوافر لدى مؤسسيها نية تكوين الشركة بالمعنى القانوني، بل هي عبارة عن شركة نشات تلقائيا فاتجهت ارادة الشركاء فيها الى التعاون بقصد استغلال مشروع معين، وتقسيم الأرباح التاتجة عن الإستغلال (3) .

وغالبا ما تتمثل هذه الشركات الفعلية في شركات الأشخاص، بينما تاخذ الشركات الفعلية جميع اشكال الشركات سواء كانت شركات اموال او شركات اشخاص(4).

ومن بين الحالات التي يمكن الإعتراف فيها بوجود الشركة الفعلية هي الحالات الآتية:

---

(1) أنظر :
د / عباس مصطفى المصري ، المرجع السابق ، ص . 42 و43.

(2) أنظر :
د / محمود سمير الشرقاوي ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، 1987 ، القاهرة ، ص . 53 و54 .

(3) أنظر :
د / نادية فضيل ، احكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، المرجع السابق ، ص . 53 .

(4) أنظر :
د / احمد محرز ، القانون التجاري ، الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، مطابع سجل العرب 1979 ، ص . 95 .

أ ـ اذا كان البطلان مؤسس على نقص أهلية احد الشركاء او على عيب شاب رضاؤه ، وادى هذا البطلان الى انهيار العقد برمته، كما هي الحال في شركات الأشخاص إذ تعتبر ، كانها لم تكن بالنسبة الى ناقص الأهلية او الشريك الذي شاب رضاؤه عيب من العيوب، اما بالنسبة لبقية الشركاء ، فتعتبر الشركة في الفترة بين تكوينها او الحكم ببطلانها قائمة فعلا.

ب ـ اذا كان البطلان مؤسس على عدم كتابة عقد الشركة او عدم اتخاذ اجراءات الشهر ، فان هذا البطلان يتخذ طابعا متفردا ذا خصوصية معينة ، اوضحت خطوطه العريضة المادة 418 مدني جزائري وتقابلها (المادة 507 مدني مصري) اذ بعد ان قررت الفقرة الأولى منها على انه : ((يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا ....)) جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة وقررت انه : ((غير ان هذا البطلان لا يجوز ان يحتج به الشركاء تجاه الغير ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء انفسهم الا من وقت ان يطلب الشريك الحكم بالبطلان)) .

ومن المقرر فقها وقضاء انه بالرغم من ان ظاهر النص و سياق النصوص سالفة الذكر، توحى باقتصارها على انهيار الركن الشكلي المتعلق بكتابة عقد الشركة فحسب . الا ان منطق القياس الماخوذ به في المجال المدني ، يوجب سحب حكم الفقرة الثانية من المادة 418 مدني جزائري وتقابلها (المادة 507 مصري) سالفتي الذكر ، على عدم اتخاذ اجراءات الشهر المقررة قانونا ، وكذا على الحالات التي يتقرر فيها البطلان النسبي في الفروض التي يكون قوامها شركة من شركات الأشخاص . اذ يترتب على صدور الكحم بالبطلان لصالح من تقرر لمصلحته انهيار الإعتبار الشخصي ، وضرورة تصفية الشركة مالم يتفق باقي الشركاء صراحة على استمرار الشركة بينهم .

وقد تصدى القضاء اساسا لبناء اطار هذه النظرية وترسيخ احكامها ، في الواقع القانوني استنادا الى السياق الوارد في نص المادة 507 مدني سالفة الذكرو(تقابلها المادة 418 مدني جزائري) . ويرى احد الفقهاء استبعاد تطبيق نظرية الشركة الفعلية ، كعدم الكتابة وعدم الشهر ، لأن الجزاء في نظره يقتصرعلى عدم جواز الإحتجاج بالشركة على الغير.

في حين نعتقد انه في هذه الحالة ، يجب تطبيق نظرية الشركة الفعلية، استنادا الى نص قانوني ، حيث افصح المشرع على الإعتراف بالشركة الباطلة بسبب انعدام الكتابة في مواجهة الغير(المادة 418 فقرة 2 مدني جزائري).

وتجدر الإشارة الى ان الكتابة التي يترتب على اغفالها بطلان الشركة وتخلف شركة واقع عنها، هي الكتابة العرفية اما بالنسبة للشركات التي يتطلب فيها المشرع ان يكون عقد الشركة رسميا او مصدقا على التوقيعات فيه، فان انهيار الركن الذي يترتب عليه بحكم الواقع ، اعتبار الشركة منعدمة لا وجود لها سواء فيما بين الشركاء او بالنسبة للغير(1) .

---

(1) انظر :
د / عباس مصطفى المصري، المرجع السابق ، ص . 41 و 42 و43 .

3ـ آثـــــار الإعتراف بوجود الشركة الفعلية.

يترتب على الإعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين ابرام العقد والحكم بالبطلان ، نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة او الشركاء او بالنسبة للغير.

أ ـ بالنسبة للشركة.

ـ تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة ومن ثم تتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء ، وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة، كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لآثارها سواء فيما بين الشركاء او بالنسبة للغير.

ـ يجب حل الشركة وتصفيتها بمجرد الحكم بالبطلان ، وبما ان الشركة في فترة التصفية تحتفظ بالشخصية المعنوية، فمن الجائز شهر افلاس الشركة الفعلية متى توقفت عن سداد ديونها سواء نشات هذه الديون قبل الحكم بالبطلان او اثناء اجراء عملية التصفية، ويترتب على افلاسها شهر افلاس الشريك المتضامن (1) .

ب ـ بالنسبة للغير.

للغير ايا كان سبب البطلان، الخيار بين الإبقاء على الشركة واعتبارها صحيحة في الماضي، او طلب البطلان باثر رجعي حسبما تقتضيه مصلحته.

ــ ففي حالة طلب بطلان الشركة وتصفيتها، تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر طبقا للشروط الواردة في العقد التاسيسي ، ويلتزم الشركاء الذين لم يقدموا حصصهم بتقديمها، ويكون كل شريك مسؤولا عن ديون الشركة بحسب نوع الشركة وطبيعة وشروط الدين وشروط العقد.

ــ اما في حالة البطلان باثر رجعي ، فان جميع التصرفات التي التزمت بها الشركة في مواجهة الغير تعد صحيحة ومنتجة لآثارها (رغم الحكم ببطلانها) ، ويحق لدائني الشركة التمسك ببقائها حتى يتجنبوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ، ويكون لهم الحق في التنفيذ على اموال الشركة ، كما لهم الحق في شهر افلاسها وتقسيم اموالها لإستيفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس.

ــ اما اذا تعارضت مطالب دائني الشركة انفسهم بحيث يتمسك بعضهم ببطلان الشركة ، كما لو كانوا دائنين شخصيين في نفس الوقت لبعض الشركاء، بينما اذا تمسك البعض الآخر ببقاء الشركة ، فطبقا للراي الفقهي والقضائي ، في كل من فرنسا ومصر، يجب ترجيح الجانب الذي طلب الحكم بالبطلان لأنه هو القاعدة او الأصل في حالة عدم استيفاء الأوضاع القانونية (2).

ج ـ بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين.

يحق لدائني الشركاء الشخصيين التمسك بالبطلان اذا كانت لهم مصلحة في ذلك، و تتمثل هذه المصلحة في التنفيذ على حصة الشريك المدين ، بعد تصفية الشركة أثناء الحكم بالبطلان(3) .

---

(1) أنظر :
د / نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص . 54و55 .

(2) أنظر :
د / اكثم امين الخولي ، المرجع السابق ، ص . 424.

(3) لأنظر :
د / احمد محرز ، الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 98 .

هكذا نكون عرضنا في هذا الفصل الشكلية في تحرير بعض الأعمال والعقود التجارية.
وذلك من خلال محاولة توضيح الجزاءات المدنية والجزائية التي يتعرض لها التاجر في حالة عدم احترامه شكلية القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية كذلك عد م الإلتزام بشكلية البيانات الإلزامية التي يتضمنها السند (السفتجة) .

وترتيبا لذلك يفقد هذا السند قيمته القانونية ، كالإلتزام صرفي ويتحول الى سند عادي يخضع للقواعد العامة وليس لقانون الصرف.

كما حاولنا ايضا توضيح البطلان الذي ينجم عن عدم افرغ كل من عقد الشركة وعقد بيع المحل التجاري في الشكل الرسمي .

ففي هذه الحالة يكون البطلان المطلق ، الناتج عن مخالفة الكتابة الرسمية.
هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ، فان مخالفة الشكليات الأخرى ، كالقيد والإشهارالى غير ذلك ، فهو لا يؤدي بالضرورة الى بطلان التصرف ، وانما يستوجب تصحيحه واكمال الإجراءات التي تنقصه ، حتى يصبح عقدا صحيحا.

وقد رأى المشرع أن الضرورة باتت تقضي بفرض العقوبة في حالة ما إذا كانت التجارة مستمرة فنصت المادة 8 من القانون رقم 388 لسنة1953 المصري في شأن الدفاتر التجارية على أن كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له يعاقب مرتكبها بغرامة مالية. وتفرض هذه العقوبة في حالة التخلف عن مسك الدفاتر التجارية ، أو في حالة عدم مسكها بالأوضاع المقررة ، أو في حالة إتلاف الدفاتر أو المراسلات والمستندات أو عدم الإحتفاظ بها في المدة المحددة (1) .

من خلال هذه المواد يتضح مدى أهمية إمساك الدفاتر التجارية في الحياة التجارية ، وإمساكها بطريقة منتظمة وإلا تزعزعت الثقة في شخص التاجر وفي مركزه المالي مما يعرضه إلى جزاءات قانونية مختلفة.

الخـــــــــاتمة .

من خلال عرضنا في هذا البحث لكل من الرضائية والشكلية في العقود التجارية ، نستنتج بانه لا يمكن الإستغناء عنهما ، باعتبارهما عاملان جوهريان في تكوين العقود والأعمال التجارية، التي يحتاج اليها التاجر والأفراد على حد سواء ، في النشاط التجاري اليومي .

ولقد رأينا كيف ان المشرع التجاري يتعامل معهما. فتارة ينص على انعقاد بعض العقود بالتراضي ، الذي يعد هو الأصل العام في تكوين كافة العقود والأعمال التجارية . وتارة أخرى يشترط شكلية خاصة لإتمام العقد . فاذا تم التصرف بالشكل الذي يريده المشرع ، اعتبر صحيحا، هذا طبعا مع توافر الإرادة السليمة والخالية من العيوب .

إذن يعتبر الشكل في هذه الحالة عبارة عن ركن رابع تخضع له مثل هذه العقود.
وتتبعنا من خلال عرضنا للموضوع ، بان المشرع الجزائري أخضع بعض العقود التجارية الى الرضائية باعتبارها المبدأ العام ، كما تعد ضرورية في إبرام العقود اليومية والتي كثيرا ما يحتاجها التاجر في حياته اليومية ، نظرا لما توفر له من وقت وسرعة وسهولة في تنفيذ تصرفاته . فهو ليس بحاجة الى قيود وشكليات تعطل من نشاطه الذي لا يمكن له الإستغناء عنه.

ومما لاشك فيه ان التاجر يعد بمثابة محترف في التعاقد مع الغير، فهو يعرف بالخبرة والتجربة كيف يحمي ارادته من المتعاقد الآخراثناء تكوين العقد ، وهو يرتضي على أي حال تحمل بعض المخاطر في عملياته التجارية. علما ان التعاقد اذا اتصل وتكرر بين التجار - وهو امر لا مفر منه - بين من يمارسون نوعا متشابها من النشاط التجاري، فليس من مصلحة احدهم ان يخدع الآخر.

وترتيبا لذلك ، فالتاجر عند تكوين العقد ، فهو ليس بحاجة الى قيود تحميه ، بقدر ما هو بحاجة الى قواعد سهلة يعرفها بسرعة ، ويطبقها وهو آمن من اللبس والخطإ .
وعرضنا في هذا الخصوص ، عقد النقل بوصفه عقد رضائي ، اذ يتم بمجرد تطابق الإرادتين ، دون حاجة الى افراغه في شكل معين.
اما بالنسبة للوكالة التجارية ، فهي تاخذ شكل التصرف الذي تنصب عليه.
فاذا كان التصرف القانوني عبارة عن تصرف عرفي ، فالوكالة التي تقع عليه تكون بالتالي وكالة عرفية.
اما اذا انصب التصرف القانوني على الرسمية ، تكون حينئذ الوكالة ، وكالة رسمية.

الا ان الحياة التجارية لا تخلو من المخاطر التي تنجم عن ممارسة النشاط التجاري، وليس بإمكان الأفراد التصدي لهذه العقبات والصعوبات ، الا بتدخل المشرع الذ ي يستطيع وحده حمايتهم .وذلك بوضعه قيود واجراءات في بعض العقود المهمة ، وهذه القيود تسمى الشكلية .

وباعتماد الشكلية في بعض العقود التجارية ، يعد ذلك خروجا عن المبدأ العام ، القائل برضائية الأعمال التجارية.
ونرى بان خروج المشرع عن ذلك ، واقع املته الظروف الإقتصادية والتجارية التي مافتئت ان تتطور وتتجدد يوم بعد يوم ، بحيث تفرز معها كثيرا من الأعمال المعقدة والتي تتطلب من المشرع مسايرتها ومواكبتها.

اذ لاحظنا ان المشرع التجاري وخاصة منه الجزائري ، كيف اعتمد على الشكلية في ابرام بعض العقود والأعمال التجارية. اذ تتمثل في الشكلية العرفية احيانا وفي الشكلية الرسمية احيانا اخرى .
فالشكلية العرفية نجدها في بعض الأعمال التجارية ، لا سيما السفتجة ، فهي محرر عرفي لم بشترط فيه القانون ان يتم بشكل رسمي ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تتضمن هذه الورقة بيانات الزامية يجب مراعاتها اثناء وضعها ، ورااينا كيف تعامل المشرع مع هذا السند في حالة اغفال بيان او عدة بيانات، اذ يتحول الى مجرد سند عادي يفقد قيمته الصرفية.

ضف الى ذلك شكلية القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية بالنسبة للتاجرالذي يحترف العمل التجاري .
ففيما يخص القيد في السجل التجاري ، فقد اوجب القانون على التاجر القيد فيه ، ورتب على مخالفة ذلك عدم اكتسابه الشخصية المعنوية بالإضافةالى جزاءات جزائية واخرى مدنية .
كما رتب جزاءات على عدم مسك الدفاتر او عدم انتظامها ، اذ حرم التاجر من الإعتماد عليها كدليل امام القضاء ، في حالة نشوب نزاع بينه وبين خصومه .

اما الشكلية الرسمية فهي تخص بعض العقود التجارية ايضا،التي نص عليها المشرع التجاري في القانون التجاري . وتتمثل هذه الشكلية في الكتابة الرسمية ، بمعنى ان القانون يتطلب من الأشخاص الذين يريدون الإقدام على ابرام مثل هذه العقود ، ان يلتزموا بها ويعملوا على احترامها . علما ان هذه الشكلية تعد من النظام العام فلا يمكن لأي شخص مخالفتها .

ومثال هذه العقود عقد الشركة التجارية وعقد بيع المحل التجاري .
فلا يتم عقد الشركة الا بالكتابة الرسمية أي امام ضابط عمومي (الموثق) واي مخالفة لهذا الإجراء المهم ، يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

والسبب في ذلك يرجع الى طبيعة عقد الشركة وما يحتوي عليه من مخاطر ، خاصة من الناحية المالية ، مما يؤدي بالشخص الذي يريد تكوين شركة ، التفكير مليا قبل الإقدام على مثل هذا التصرف.
إضافة الى ذلك هناك شكليات اخرى رتب عليها القانون كما راينا جزاءات مختلفة، كعدم القيد في السجل التجاري والتسجيل لدى مصالح الضرائب والإشهار.

ونفس الجزاءات تترتب على التاجراو الشخص الذي يريد بيع محله التجاري ، مع فارق بسيط بينهما ، يتمثل في ان عقد البيع يحتوي على بيانات اجبارية يتضمنها العقد. اذ رتب المشرع على مخالفتها او اغفالها كلها او اغفال احداها ، البطلان اذا طلبه المشتري وذلك في خلال سنة .

وبتعاملنا مع كل من الرضائية والشكلية ، لا يسعنا الا القول بانهما يتمتعان بمزايا يمكن تلخيصها في النقاط التالية.

أ ـ مـــــزايـــــا الرضائيــــــــــة .

ـ تعتبيرالرضائية مبدا سهل التناول بحيث لا يؤدي الى ارتباك الأشخاص في اجراء معاملتهم التجارية اليومية ، ويسمح في انشاء العقود بالمراسلة الخطية او التلغرافية وحتى بواسطة الهاتف ، ويضع على قدم المساواة الإرادة الضمنية والصريحة ، طالما انه لا يفرض الباس هذه الإرادة بلباس لفظي خاص او تعلق صحتها على اتمام مراسيم شكلية او كتابية معينة.

ـ تخضع الرضائية إلى مبدا حرية الإثبات ، فهو حر طليق ، وجائز بكافة الطرق.

ـ يعتبر العقد هو الشكل القانوني الذي يتمتع خلاله الأفراد بحريتهم ، وان على الدولة ان ترعى هذه الحرية مادامت الإرادة المتعاقدة قد خلت من العيوب ، وان احترام نصوص العقد مستمد من حرية احترام الفرد ، اذ ان العقد تعبير عن توافق ارادتين متساويتين امام القانون .

ـ ان تحقيق العدالة الإجتماعية ـ التي هي مناط الحرية الحقيقة ـ يمكن ان يتم في ظل مبدا الحرية التعاقدية للأفراد ، وان التقدم الإقتصادي اللازم للمجتمع ، يمكن ان يتحقق بجهود الأفراد فيما بينهم دون اشراف او توجيه.

ـ ان مبدا الرضائية والذي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على انشاء الإلتزام دون اشتراط اجراء شكل خاص.
اذ ينبغي ترك الحرية للإرادة لتحديد مضمون العقد وحدود الإلتزام، وان يكون للعقد الناشىء عن توافق الإرادتين ، قدسيته واحترامه.

فعند انعقاد العقد ، تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية أي حرية الشخص في ان يتعاقد او يمتنع عن التعاقد . واذا ما تم العقد فانه يعتبر شريعة المتعاقدين .

ـ ان جميع التصرفات القانونية تنعقد بمجرد تبادل الرضا دون حاجة الى قيود ومراسيم معينة.

ب ـ مــــــزايـــــا الشـــــكلـــــية.

ـ حماية الأطراف من ممارستهم الشخصية .

تعد الشكلية بالفعل ضمان ترسيم العقود وتؤسس بين الأطراف حماية ضد ممارستهم الشخصية ، وتوحي لهم بتمهل في الإقبال على الصفقات دون تفكير في الآثار المترتبة عنها.
هذا فضلا عن الضابط الذي يحميهم من ضغوطات الغير ، كما ان العقد اذا حرر من قبل الأطراف ، قد لا يعبر عن حقيقة ما يرغبون فيه ، ولا يعبر عن نيتهم ولذلك يلجأون الى الموثق الذي يعد تقني في الإضطلاع بهذا النشاط.

ـ ضما ن أمن المعاملات .

تقد م الشكلية ضمانا لأمن المعاملات ، حيث ان العقود الموثقة تحمي الأطراف من الفقدان والتحريف والتحطيم. ولذلك نجد ان المشرع الجزائري قد احاط بعض العقود الخاصة بهذه الشكلية كما هو الحال في المواد 324 والمادة 324 مكرر1 والمادة 324 مكرر 2 والمادة 324 مكرر 3 من القانون المدني ، وغيرها من النصوص المنظمة للأنشطة الإقتصادية.

ج ـ قوة الإثبات وقوة التنفيذ .

بالإضافة الى تحقيق الأهداف السابقة ، فان ربط صحة هذه العقود بالشكلية ، يقدم العقد التوثيقي امتياز قوة الإثبات وقوة التنفيذ ، دون اللجوء الى القضاء ويكون قابلا للتنفيذ بقوة القانون ، ويكون اكثر فعالية من احكام القضاء لأنه لا يكون قابلا للإستئناف وقابلا للتنفيذ دون اجل، بخلاف العقود العرفية.
والسؤال الذي يمكن طرحه هنا ، هل يجوز الإتفاق على مخالفة الشكلية ؟

طبعا لا يجوز مخالفة الشكلية التي يفرضها القانون لأنها تعتبر قواعد آمرة ، فلا يمكن اذن الإتفاق على مخالفتها ، كما انها تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز ايضا عدم احترامها .

هكذا وبعد عرضنا للموضوع ، يمكننا تقديم بعض الملاحظات والتوصيات البسيطة بخصوص ذلك والتي تتمثل في الآتي:

ـ ان اغلب احكام القانون التجاري مستمدة من قواعد القانون المدني ، فلا يخلو أي مجال دون الرجوع اليه.
ـ توحيد قواعد القانون التجاري وذلك بجعلها في كتاب واحد ، بحيث يسهل على رجل القانون الرجوع اليها ، كلما استدعت الحاجة الى ذلك.
ـ بخصوص الوكالات التجارية ، نرى بان المشرع الجزائري لم ينظم احكام هذه الوكالات تنظيما محكما ، وخاصة في مجال العلاقات الناشئة بين اطرافها .
ونامل في ذلك ان يعيد المشرع الجزائري ، النظر في ذلك ويسرع في وضع تنظيم شامل لأحكام الوكالات التجارية. خاصة وكما قلنا سابقا ، ان المشرع يرجع في كل مرة بنا الى تطبيق القواعد العامة.
ـ لقد قلص المشرع الجزائري من التعامل بالعقود العرفية ، حيث اصبحت اغلب العقود المتعلقة بالمعاملات من اختصاص مكاتب التوثيق .
هذا ونجد ان الجزائر متجهة الى اقتصاد السوق والذي من شانه ان ينهض بحال اقتصاد البلد الذي يعاني من عدة مشاكل . والذي من شانه جلب العديد من المستثمرين الأجانب من مختلف انحاء العالم ، بحيث يساهمون في انعاش الإقتصاد وتطويره ، والنهوض بالأمة من نكبتها التي ما فتئت ان تفشت فيها المشاكل العويصة ، خاصة مشكل البطالة الذي يعاني منه المجتمع الجزائري .
وسياسة الإنفتاح التي تحاول الجزائر اتباعها في الوقت الحاضر ، هي سياسة رشيدة ستعود بالنفع على الوطن والشعب . وذلك لا يتاتى الا بمجهودات جبارة تلتزم بها البلاد ، خاصة في مجال التشريع التجاري . وذلك حتى تجلب المتعاملين الأجانب على ابرام عقود وصفقات كبيرة تتمكن بواسطتها من ايجاد بعض الحلول للمشاكل التي تتخبط فيها . و لا يتحقق ذلك الا في ظل جو تسوده الثقة والإطمئنان ، وبذل العناية الواجبة في اطار تشجيع الشركات المستثمرة الى الإقدام على العمل ، والخوض في معركة الإنتاج .
والخطوة الأولى التي يمكن ان يقوم بها المشرع الجزائري هي تجسيد الحماية القانونية للمستثمرين الأجانب ، وذلك بوضع قوانين حكيمة . وترسيخها واعطائها مصداقية على ارض الواقع .
ـ اظهار المزيد من القواعد الشكلية في المعاملات التجارية ، بحيث يعمم تحرير العقود الرسمية عند الموثقين ، وذلك لكسب ثقة المتعاملين وجعلهم يفكرون قبل المضي في ابرام أي تصرف. واعطاء الضمانات الكافية وذلك بتكثيف الأحكام القانونية التي تتلائم مع الوضع الجديد .
ومن بين الخطوات التي يمكن للمشرع التجاري ان يقوم بها ايضا ، جعل احكام القانون التجاري كثيفة ومتنوعة ، تحسبا للمستقبل الذي سوف ياتي باشياء جديدة بخصوص التجارة ، واخذها في الحسبان.
ومما لاشك فيه ان الجزائر تعمل جاهدة الآن حتى ترسخ القواعد الأساسية في المجال الإقتصادي ، وذلك في محاولات التغيير التي تحاول احداثها في مختلف

الميادين . وذلك ببذل مجهودات متواصلة من اجل الوصول الى اقناع ساسة الأعمال على الإستثمار .

هذا ونجد ان تطور التشريع الجزائري الحديث يؤكد هذا الإتجاه ، فضلا عن حماية المستهلك او المتعامل الإقتصادي ، اظهرت قواعد جديدة من الشكلية لتجسيد الحماية.

ومن هنا يظهر جليا مدى موازين التعامل مع الشكلية التي بات الطريق المفضل بالنسبة للمشرع ، الذي اصبح يتجه نحو هذا المبدأ ، وذلك بسنه قوانين من شأنها تساعد المتعاملين الإقتصاديين وتشجعهم على المضي في التعامل مع الدولة ، والإقدام نحو السوق الجزائري .

ويشهد العالم عودة الى الشكلية في مجال التعامل التجاري والإقتصادي ، بحيث نرى ان جميع بلدان العالم تحاول الإنضمام الى اتفاقيات دولية ، كالمنظمة العالمية للتجارة والسوق الأوروبية المشتركة . وكل ذلك لا يتحقق الا في اطار اتفاقيات ومعاهدات دولية . ومن اجل ذلك يسعى المشرع التجاري أثناء وضعه القوانين التي تخص بلده ، ان يجعل من التشريعات الداخلية التي يسنها لا تتعارض وهذه الإتفاقيات والمعاهدات .

قـــــــائمـــــــة المــــــراجــــــــع

أ ولا : باللغة العـربيـــــــــــة :

أ ــ المراجع العامة:

1ــ د/ أحمد محرز- القانون التجاري الجزائري (العقود التجارية) الجزء الرابع - دار النهضة العربية للطباعة والنشر- 1980 - 1981 .

2 ــ د / أحمد محرز ــ السندات التجارية - (الكمبيالة - السند لإذن - الشيك) النشر الذهبي للطباعة - 1996 ،

3 ــ د / احمد محرز - أحمد محرز - القانون التجاري الجزائري - (الشركات التجارية) الجزء الثاني - مطابع سجل العرب - 1979 .

4 - د / إدوار عيد - الشركات التجارية (مبادئ عامة - شركات الأشخاص) مطبعة النجوى بيروت - 1969 .

5 - د/ أكثم أمين الخولي - قاون التجارة اللبناني - الشركات التجارية - الجزء الثاني دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت . 1968 .

6 - د / راشد راشد - الأوراق التجارية (الإفلاس والتسوية القضائية) في القانون التجاري الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - 1987 .

7 - د / رضا عبيد - القانون التجاري - الطبعة الخامسة - دارالفكر العربي - القاهرة - 1984 .

8 - د / سمير جميل حسين الفتلاوي - (العقود التجارية) الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية - 1994 .

9 - سميحة القليوبي الوجيو في القانون التجاري - الطبعة الأولى - القاهرة - 1972 .

10- د / عبد الحميد الشواربي - نظرية الأعمال التجارية والتاجر (وفقا لقانون التجارة الجديد) رقم : 17 لسنة 1999 . منشأة المعارف - الإسكندرية -

11 - د / عبد الحميد الشواربي - القانون التجاري (الأعمال التجارية والتاجر) منشأة المعارف - الإسكندرية - 1992 .

12 - د / عباس حلمي - العقود والأوراق التجارية - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية - 1987 .

13 - د / عبد الرافع موسى - القانون التجاري -(الأعمال التجارية والتاجر) الجزء الأول دار النهضة العربية . دون سنة نشر .

14 - د / عبد الرزاق السنهوري - مصادر الإلتزام - الطبعة الثالثة - منشورات الحلبي الحقوقية - 1988 .

16 - د / علي حسن يونس - المحل التجاري - دار الفكر العربي - القاهرة - 1974 .

17 - د / عباس مصطفى المصري - تنظيم الشركات التجارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - 2002 .

18 - د / فرحة زراوي صالح - الكامل في القانون التجاري الجزائري (المحل التجاري) الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية - 2001 .

19 - د /فوزي محمود سامي - د / فائق محمود الشماع - القانون التجاري (الأوراق التجارية) الطبعة الأولى - مطبعة جامعة بغداد - 1982 .

20 - د / محمد فريد العريني - القانون التجاري (نظريتي الأعمال التجارية والمهن التجارية) الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - دون سنة نشر .

21 - د / مصطفى كمال طه – الأعمال التجارية والتجاروالشركات التجارية (الملكية التجارية والصناعية) منشاة المعارف - الإسكندرية - 1984 .

22 - د / محسن شفيق - القانون التجاري المصري - الجزء الأول - الطبعة الأولى - دار نشر الثقافة بالإسكندرية - دون سنة نشر .

23 - د / محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1980 .

24 - د / مراد عبد الفتاح - موسوعة قانون التجارة وشرح الأعمال التجارية (السجل التجاري والدفاتر التجارية) شركة جلال للطباعة - دون سنة نشر .

25 - د / محمود سمير الشرقاوي - الشركات التجارية - دار النهضة العربية للنشر- 1987 .

26 - / محمود فريد العريني - القانون التجاري - الطبعة الأولى - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1997 .

27 - د / نادية فضيل - القانون التجاري الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - 1999 .

28 - د / نادية فضيل - أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري - دار هومة للطباعة والنشر - 1987 .

29 - د / هاني محمد دويدار - التنظيم القانوني للتجارة - دار النهضة العربية للنشر والطباعة القاهرة - 1977 .

ب - المراجع المتخصصة :

1 - د / علي البارودي د / محمد فريد العريني - القانون التجاري (العقود التجارية - عمليات البنوك) الجزء الثاني - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1999 - 2000 .

2 - د / مصطفى كمال طه - د / علي البارودي - القانون التجاري (الأوراق التجارية - العقود التجارية - العقود التجارية - عمليات البنوك) الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2001 .

3 - د / مراد منير فهيم - القانون التجاري (عمليات البنوك) منشاة المعارف - الإسكندرية 1982 .

ج ـ الأبحاث والمقالات :

1 ـ برهان الدين جمل - السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري (السفتجة - السند لأمر - الشيك) ديوان المطبوعات الجامعية - 1988 .

2 ـ خلف محمد - إيجار وبيع المحل التجاري - دار محمود للنشر والتوزيع - الطبعة الخامسة - 2001 .

3 - د / سميحة القليوبي - نظرية الأعمال التجارية والتاجر (الملكية الصناعية والتجارية) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية - الجزء 69 - بيروت - الدار العربية للموسوعات - دون سنة نشر .

4 - محمد أنور حمادة - التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري (البيع الرهن التاجير) دار الفكر الجامعي - الإسكندرية . 2001 .

د ــ المجـــــــــــــــــــــــلات :

1 ــ مجلة الموثق ــ دورية داخلية متخصصة ــ تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين ـ الجزائر.

ه ــ النصوص القانونية :

ــ المرسوم النفيذي رقم 97/ 41المؤرخ في 19 رمضان 1417 الموافق 18 يناير 1997 يتعلق بالقيد في السجل التجاري.

ــ المرسوم التنفيذي رقم 92/ 70 المؤرخ في 23 فبراير والمتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية ـ الجريدة الرسمية الصادرة في 23 فبراير 1992 ـ العدد ـ 14 .

ــ القانون رقم 88/ 27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 والمتضمن مهنة التوثيق ـ الجريدة الرسمية ـ الصادرة في 13 يوليو ـ العدد ـ 28 .

ــ القانون رقم 22/90 المؤرخ في 27 محرم 1411 الموافق 18 غشت ـ 1990 ـ يتعلق بالسجل التجاري ـ الجريدة الرسمية الصادرة في 18 غشت 1990 ـ العدد ـ 36 .

ــ المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 9 رمضان 1417 الموافق 18 يناير 1997 العدد ـ 05 .

ــ أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 والمتضمن القانون المدني ـ المعدل والمتمم بالقوانين رقم 01/83 المؤرخ في 01/29 1983 . 14/1988 المؤرخ في 13 ماي 1988 ـ المؤرخ في 02/07/ 1989 ـ والقانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادىالأول لعام 1426 ـ الموافق 20 يوليو لسنة 2005 .

ــ أمر رقم 59/75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1935 الموافق 26 ديسمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري ـ المعدل والمتمم بالأمر رقم 27/96 مؤرخ في 12/09/ 1996 .

ــ أمر رقم 156/66 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات ـ المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 .

ثـــانـــــيا : باللغة الفرنسية .

أ ـ المراجع العامة :

1--Alfred jauffret, droit commercial , paris , L. G.D. J . 22éme édition, 1975 .

2-CLAUDE DUPOY. Précis de droit commercial , fonds de commerce , contrats commerciaux , effets de commerce, tome , 1 , paris 1976 .

3 - DOMINIQUE LEGAIS , droit commercial , paris, dalloz , 11ème édition , 1997.

4 - GEORGES RIPERT, par RENE ROBLOT, traité de droit commercial , tome ,1, 10ème édition , paris, L.G . D. J . 1980.

5 -- JACQUES DELGA , droit des societes , édition , dalloz , 1998.

6 - MICHEL PEDAMON,droit commercial et fonds de commerce paris , dalloz ,1994 .

7 -- MICHEL DE JUGLARD ET BENJAMIN IPPOLITO, droit commecial , avec cas concrets et jurisprudence , volume 1, 22ème edition , 1975 .

8 -- ROGER HOUIN ET RENE ROBLOT, droit commercial , tome,1, 5 ème edition , paris , 1974 .

9 -- RIGER HOIUN ET RENE RODIERE, droit commercial, 7ème edition , paris, 1981 .

10 -- PIERRE LESCOT ET RENE ROBLOT , les effets de commerce, 2ème edition , paris, 1953 .

11-- PHILLIPE MERLE , droit commercial , societes commerciales , 6ème edition , dalloz ; paris .

ب ـ المراجع المتخصصة:

1 -- RIPERT ET ROBLOT, traite de droit commercial , effets de commerce , banques et bourse, contrats commerciaux , procedures collectives , tome,2 , paris , 16ème edition , librairie generale du droit et de jurisprudence, 2000 .

ج ـ الأبحـــــــــــاث :

1 -- AMAR GUELLIMI , fiscalité de l' enregistrment , aspects juridiques et economiques , office des publications universitaires , sans annee de publication .

2 --JEAN HEMARD , fonds de commerce , encyclopedie de droit commercial , jurisprudence generale , dalloz, 1973 .

--3 JEAN JACQUES BURST, fonds de commerce (theorie des apports d’un fond de commerce , condition de validite et d' efficacite), juris classeurs, societes traites , fascicule ,13, 1983.

4 – YVES GUYON, droit des affaires (droit commercial generale et des societes) tome, 1 , 6ème edition , paris , economia, 1990 .

د ـ المقـــــــالا ت :

1- DIDIER , l'immeuble et le droit commercial , etude jurisprudence , revue trimestrielle de droit commercial , 1996 .

2- JEAN DERRUPE, organisation generale du commerce, revue trimestrielle de droit commercial et economique , sirey, 1981 .

3 – SAINT ALARY , le caractere civil et commercial des entreprises travaillant sur les œuvres et les esprits , revue trimestrielle de droit commercial , 1946 .

الفهرس